
CAPÍTULO IV

De los contratos principales consensuales

COMPRAVENTA

Su origen y concepto

Existen tres clases de cambio: de cosa por cosa, que es la permuta; de cosa por dinero, la compraventa, de la cual da idea la ley 5.ª, § 1.ª, tit. 5.ª, lib. 19 Dig., cuando dice *SI PECUNIAM DEM UT REM ACCIPIAM, EMPTIO ET VENDITIO EST*; y el de dinero por dinero, llamado trayecticio, representado por letras de cambio, pagarés, cheques, etc. Nos ocuparemos del segundo, que produce el contrato más importante del Derecho.

La compraventa sustituyó á la permuta cuando se inventó la moneda, en los comienzos del siglo VII a. de J. C., debido este progreso á los griegos y lidios, quienes registraron los primeros monumentos numismáticos. Las transacciones se hacían antes, valiéndose, como instrumentos de cambio, de cierta cantidad de metales en lingotes representativos de un valor fijo y correspondían á una escala ponderal; después se sellaron para que representasen un valor, no el que se obtenía mediante el peso; de este modo surgió la moneda, que el Estado terminó por darle curso legal, como signo representativo de los valores en las transacciones.

La compraventa es, según el Código, un contrato nominado, consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento; bilateral, con su nota de reciprocidad; que puede ó no tener carácter conmutativo ó aleatorio, pues estas naturalezas no son hoy esenciales,

por el que uno se obliga á transferir á otro una cosa determinada y el otro á pagar por ella un precio cierto en dinero ó signo que lo represente.

En Roma apareció como un contrato de Derecho de gentes y así lo consideraron los autores, que exigieron en ella, entre otros requisitos, el de la buena fe, por imperio de la ley natural.

El Código, en su art. 1.146, establece una regla de interpretación cuando se duda si el contrato constituye compraventa ó permuta y al efecto prescribe que si el precio de la venta (de la transmisión) consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará aquél, por la intención manifiesta de los contratantes; esto es secuela del principio espiritualista en que se inspira dicho cuerpo legal; la intención ó sea la voluntad actuando en el fenómeno jurídico es el factor al cual debe acudir como guía interpretativo; pero ha de ser manifiesta, esto es, revelada por actos inequívocos anteriores ó coetáneos con el contrato, sin que signifique prueba en esto la manifestación que los contratantes hagan, tomando por compraventa lo que realmente es una permuta, pues como dice el Tribunal Supremo en Sent. de 30 de Junio de 1881, los contratatos deben calificarse por las cláusulas esenciales que les correspondan, más bien que por el nombre que les diesen las partes al otorgarlo. Así es que á los Tribunales corresponde, apreciando los elementos de juicio, determinar en cada caso si el contrato es compraventa ó permuta, como ocurre muy á menudo cuando por huir del retracto legal, especialmente del de colindantes, figura otorgado como permuta, por así declararlo los contratantes, una transmisión de finca rústica, á cambio de un reloj ó de una res, con notabilísima diferencia de valor entre éstos y aquélla, siendo en realidad una venta.

No constando la intención manifiesta de los contratantes, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero ó su equivalente, se tendrá el contrato por permuta, y por venta en el caso contrario (art. 1.446). El nombre dado por las partes es un signo ó indicio de sus propósitos que puede ser destruído por otros más poderosos, constituyendo, por tanto, una presunción JURIS TANTUM.

Promesa de venta

Puede empezar la compraventa por una promesa y, á este respecto, es de citar el Fuero único DE PROMISSIONE SINE CAUSA, li-

bro 2.º (Aragón) según el que, son válidos y producen obligación las promesas en que existe causa ó en que se hayan dado arras, y las denominadas «non nudas», que son aquellas en que concurre alguna solemnidad; las contraídas sin causa y las nudas no son válidas (Ob. 40 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS, lib. 6.º), y consecuencia de esto es que el obligado á vender una cosa puede ser reconvenido por acción real, ya que no es necesaria allí la tradición para transmitir el dominio de las cosas en la compraventa (Ob. 4.ª DE EMPTIONE ET VENDITIONE, lib. 4.ª), cuyo espiritualismo se adelantó en bastantes siglos al que informó el Código de Napoleón.

Según la Instituta, princ. DE EMPT. ET VEND., leyes 1.ª y 2.ª Cód. QUAND LICEAT AD EMPT. RECED., la compraventa puede celebrarse con la entrega de arras, recibiendo el vendedor alguna cosa del comprador en señal y prueba del contrato celebrado. Habiendo mediado arras, las perderá el comprador si se aparta del contrato; si es el vendedor el que se retrae, las devolverá con otro tanto, disposición aplicable, aún cuando se hubiese estipulado que aquél se celebraría por escrito y fuese lícito á las partes apartarse del mismo antes de otorgarse la escritura (Id. ley 17 Cód. DE FIDE INSTRUM.); pero si el contrato lo rescinden los contrayentes, de común acuerdo, el comprador recobrará las arras, y también cuando se hubiese cumplido (ley 11 Dig. DE ACT. EMPT. ET VEND.)

El art. 1.451 admite la promesa de venta cuando media conformidad en la cosa y en el precio, pudiendo reclamarse recíprocamente los contratantes el cumplimiento del contrato; no siendo esto posible, regirá para comprador y vendedor lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos. Es de citar la Sent. de 11 de Octubre de 1899, de que los pactos y condiciones bajo los cuales se halla otorgada una promesa de venta pueden modificarse por el mútuo consentimiento de los contratantes, siendo, por lo mismo, lícito y válido cuanto se pactare en el contrato de compraventa, aunque esté en oposición con lo anteriormente pactado, pues en tal caso, la obligación primitiva se entiende novada y sustituida por la ultimamente establecida.

También es de citar la de 13 de Febrero de 1897, de que la escritura en la cual un apoderado promete vender los derechos hereditarios de su poderdante, debe calificarse de promesa de venta, sin que pueda prevalecer sobre otra escritura de venta hecha por el apoderado mismo. Y es que, según el Código y el Derecho romano, la promesa de venta no produce otras acciones que las personales

para obligar al cumplimiento del contrato y, en defecto, á la indemnización de daños y perjuicios; pero nunca atribuye un derecho real deducible contra tercero que haya adquirido la cosa por escritura que le otorgara el vendedor.

La promesa de venta, que para el Sr. Sánchez Román es un contrato preparatorio no incluido con este nombre en el Código, puede ser unilateral y bilateral; la primera puede ser solo del vendedor ó solo del comprador sin la aceptación de la respectiva parte. La llamada policitación no produce efecto alguno, puesto que se exige la conformidad de los contratantes en la cosa y en el precio para que puedan compelerse al cumplimiento del contrato; pero si la promesa unilateral ha sido aceptada, entonces produce sus efectos jurídicos. Hay que distinguir entre aceptación de promesa y aceptación de vender ó de comprar. El Código se refiere, sin duda, á esta última, que supone resolución de ir al contrato con determinación de cosa y precio, no á la promesa de convenir, por cuanto ésta carece de las condiciones exigidas á la relación jurídica para ser considerada como tal.

Si hubiesen mediado arras ó señal en el contrato de compraventa podrá rescindirse el contrato, allanándose el comprador á perderlas ó el vendedor á devolverlas duplicadas (art. 1.454).

Según las Partidas, podrán intervenir las arras como cláusula penal, ó como signo ostensible de la perfección del contrato, que es cuando les cuadraba ese nombre; en el primer caso era potestativo el cumplimiento de aquél, pero el contratante que se retraía perdía las arras si era el vendedor, ó tenía que entregarlas dobladas si era el comprador. Dándose las arras como signo del contrato, los contratantes venían obligados á cumplir su promesa, puesto que constituían parte del precio, y así lo declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 12 de Abril de 1864.

El Código se ha inspirado en la doctrina romana; si se entregan las arras ó señal puede rescindirse el contrato con la pérdida de ellas; pero si el dinero entregado por el comprador al vendedor no fué en concepto de arras como garantía, cabe exigir el cumplimiento del contrato, no siendo, por tanto, aplicable el art. 1.454, que ve en las arras una forma de la cláusula penal tácita, que, satisfecha, no lleva consigo la obligación de los contratantes de celebrar la compraventa concertada.

Elementos de la compraventa

Son de tres clases; personales, reales y formales. Dicen los primeros á la capacidad de los contratantes; la tienen (art. 1.457) las personas á quienes el Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones que el mismo señala.

De la capacidad del vendedor y del comprador

En el capítulo primero hemos estudiado la capacidad para contratar y para no repetirlo nos referimos á lo dicho. Existen, además de las incapacidades absolutas, incapacidades relativas y especiales en el contrato de compraventa. Respecto de las segundas, el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes ó cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes, autorizada con arreglo al capítulo sexto, tít. 3.º del lib. 3.º También al estudiar la capacidad para contratar según la legislación foral, y en el cap. IX del I, nos ocupamos de la compraventa de bienes entre marido y mujer; impórtanos ahora examinar el art. 1.458 del Código.

Pactada la separación de bienes ó acordada judicialmente ésta, los consortes están en libertad para celebrar entre sí este contrato, por existir la separación de patrimonios; tiene la mujer la capacidad legal entera, siendo mayor de edad y en otro caso necesitará valerse de los medios complementarios de que habla el art. 317 del Código, y tratándose de bienes dotales, deberá proveerse de la autorización judicial (art. 1.361).

El criterio en el Derecho romano fué que marido y mujer podían celebrar todos los contratos que no llevasen consigo ó encubriesen una donación (leyes 5.ª, 7.ª, 31, 35 y 52, tít. 1.º, lib. 24 del Digesto) y de aquí el aforismo formulado por Alejandro: *OMNIS CONTRACTUS NON CADENS IN DONATIONEM, POTEST FIERI INTER VIRUM ET UXOREM.*

Hay territorios aforados, y entre éstos Mallorca, en que el régimen económico-familiar se entiende establecido con separación de bienes, y claro que, por la naturaleza del mismo, el marido y la mujer debieran estar facultados para celebrar entre sí la compraventa; de

esto ya nos ocupamos. Ese régimen dentro del Derecho común no cabe más que en dos casos: por fuero de la voluntad, si se pacta en las capitulaciones matrimoniales, y como castigo impuesto por la ley, según lo prescrito en el art. 50 del Código, en relación con el 45 del mismo, cuyos textos son de aplicación general en todo el territorio español, por hallarse comprendidos en el tíft. 4.º Y vaya una anomalía: el que se casa sin obtener el consejo prevenido, la viuda que repite matrimonio antes de los trescientos y un días siguientes á la muerte de su marido ó la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo en los mismos casos y término, desde su separación legal, y el tutor y sus descendientes que se casen con la sujeta á tutela sin haberse aprobado las cuentas, gozan, al parecer, de un beneficio que no tienen los que han cumplido con la ley, pues, considerándose contraído el matrimonio de los mismos con absoluta separación de bienes, pueden la mujer y el marido, infractores, comprarse y venderse bienes entre sí, según opina Manresa, sentir con el cual no estamos conformes, por estas dos razones: lo que constituye un castigo no puede convertirse en privilegio, y porque las excepciones á una regla prohibitiva deben tomarse literal y estrictamente. El art. 1.458 dice que el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, lo cual constituye un veto, contra el que solo se dan las dos excepciones que en el precepto se determinan. En tanto cabe la excepción primera en cuanto se haya pactado la separación de bienes; de manera que el pacto es condición SINE QUA NON para que no rece la prohibición. Esta se impone por faltar el pacto, que solo en las capitulaciones matrimoniales puede establecerse. Hubiera querido el Legislador disponer otra cosa, esto es, incluir entre esas excepciones la derivada del art. 50, y lo habría dicho. Si se permitiese ese contrato, podría constituir el antifaz de la donación que no pueden hacerse los cónyuges infractores de la ley, (art. 50).

Punto difícil es el relativo á la capacidad de los cónyuges para comprar y vender entre sí, según la Legislación foral. La tendencia de la Dirección general de los Registros ha sido negarla, y buena prueba de esto nos la da la Res. de 26 de Abril de 1901, de que, no obstante la costumbre del Canónigo Pedro Albert, de las leyes 8.ª y 11 Cód. DE PACTIS CONVENT., de las leyes 5.ª y 31, tíft. 1, lib. 24 del Digesto y de la opinión de varios tratadistas del Derecho catalán, rigiendo en Cataluña, por prescribirlo el art. 12, las disposiciones del tíft. IV del Código civil, no son válidos los contratos de venta entre marido y mujer, sino en los casos

marcados en el art. 1.458. Este precepto es también aplicable al contrato de insolutundación ó de dación en pago entre marido y mujer, por envolver una venta (Res. de 23 de Octubre de 1899), cuya doctrina es también aplicable en los países sometidos al Código. Asimismo, por Res. de 28 de Noviembre de 1898, se dice que, no hablando el Código de Tortosa, ni ninguna de las Leyes especiales de Cataluña, de la permuta de bienes raíces entre los cónyuges, se halla prohibido este contrato, fuera de los casos de separación de bienes mencionados en el art. 1.458, y por si no fuera bastante este acopio de resoluciones, está la de 6 de Diciembre de 1898, afirmando que no puede un mandatario vender á su propia mujer los bienes de cuya venta estaba encargado, á pesar de que el Digesto lo autoriza, porque tal disposición se halla derogada en Cataluña por el art. 61 del Código civil.

En fin; que la tendencia del Centro Directivo, lo mismo que la del Tribunal Supremo es llevar las disposiciones del Código, de aplicación dudosa, á los territorios aforados, dando, al art. 4.º de aquél un alcance con el cual no se compadece lo que llamaríamos la personalidad del Derecho excepcional, reconocida en principio por el artículo 12 y maltrecha en la práctica.

No ya en el Derecho legislable, sino dentro del Derecho legislado, entendemos que á ese art. 61 del Código no se le debe dar tanta penetración con semejantes interpretaciones, sin que al opinar así seamos partidarios de los contratos entre los cónyuges, pues sobre envolver una superchería las más de las veces y ser ocasión de fraudes, contradicen al principio jurídico, *NEMO POTEST ESSE AUCTOR IN RE SUA*. El marido tiene, respecto del patrimonio de su mujer, las facultades conservativas, en las cuales se funda la licencia del mismo para que ella pueda contratar, y claro que permitida la compra y venta de bienes entre los esposos, se da el absurdo de que el marido sea parte en el contrato con aquella persona cuya capacidad completa; él, en último término, contrata consigo mismo, ¿cabe semejante absurdo? No puede despojarse de un poder que le da la ley, por consideración al matrimonio, á menos de que concurren cualesquiera de las dos excepciones del art. 1.458, aparte de que ese contrato puede ser producido mediante halagos, ó arrancado con la fuerza, la intimidación ó el engaño, que lo hacen inmoral.

No basta que judicialmente se haya declarado la separación de los bienes de los cónyuges para que puedan venderse bienes, ó celebrar contrato de transacción que en otro caso les está prohibido

(Sent. de 12 Diciembre de 1899), es preciso que esa separación se haya practicado á petición de parte legítima, por motivo de interdicción civil, declaración de ausencia ó divorcio.

No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública ó judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

1.º El tutor ó protector, los bienes de la persona ó personas que estén bajo su tutela; esto se entiende en el caso de que no hubiesen sido autorizados para ello por el consejo de familia (§ 4.º del art. 275), pues si bien éste no habla del protector, entendemos que es aplicable al caso, por paridad de razón. Los individuos del consejo de familia y aún su presidente pueden comprar los bienes del tutelado, puesto que no les está expresamente prohibido por la ley (Resolución 1.º Septiembre 1897). No es válida ni inscribible la venta otorgada por la mujer casada menor de edad con licencia de su marido, á favor de su tutor, porque éste continúa en el cargo, á pesar del matrimonio de aquélla (Res. de 21 de Diciembre de 1898).

2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración ó enajenación estuvieren encargados. Como quiera que á esta prohibición se le debe dar interpretación restrictiva, no se comprenden en ella estos casos: cuando sea el mandante el comprador y cuando el mandatario adquiera de aquél bienes distintos de aquellos de cuya administración ó enajenación estuviese encargado. En esa prohibición deben comprenderse los contratos otorgados por los gerentes, directores ó administradores, respecto de los bienes de la persona social, pues esa prohibición se halla fundada en un principio de moralidad.

El momento para apreciar la incapacidad del mandatario es al otorgarse la escritura de venta, esto es, si entonces, al adquirir directamente los bienes ó por persona intermedia, tenía la administración ó el encargo de enajenarlos, pero no si los compró tiempo después (Res. 13 Noviembre de 1895).

3.º Los albaceas, los bienes confiados á su cargo. Creemos aplicable á los albaceas la resolución antes citada. A la vista del testamento es como puede saberse si al albacea se le han confiado bienes, y cuáles son sus facultades; de manera que la incapacidad no es absoluta, sino relativa á aquéllos objeto del encargo, subsistiendo éste.

4.º Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos de cuya administración estuvieren encargados. Esta disposición re-

girá para los jueces y peritos que, de cualquier modo, intervinieren en la venta. Entendemos que la prohibición se refiere á los bienes objeto de administración especial y no á los otros de la entidad vendedora, y que es aplicable al caso la doctrina contenida en la citada resolución de 13 de Noviembre de 1895.

5.º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal en cuya jurisdicción ó territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión. Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, ó de cesión en pago de créditos, ó de garantías de los bienes que posean. La prohibición contenida en este núm. 5.º comprenderá á los abogados y procuradores, respecto á los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio.

Las correcciones disciplinarias en que pueden incurrir los Magistrados y Jueces por contraer este contrato, no prejuzgan su nulidad. El pensamiento de Legislador al establecer la prohibición que nos ocupa, ha sido no solo quitar ocasión al fraude, sí que rodear á las personas que intervienen en la administración de justicia de los prestigios que han menester para el ejercicio de sus funciones y profesiones.

Según Res. de 9 de Febrero de 1901, es perfectamente válida la venta que un deudor hace á su acreedor de la finca hipotecada. Dice la de 1.º de Julio de 1891, que no impide la inscripción el que manifieste el apoderado del vendedor en la escritura, que su mandante se halla en ignorado paradero.

De la cosa y del precio

Constituyen el elemento real del contrato: respecto de la primera, para que sea apta de transmisión, ha de estar en el comercio de los hombres. En el capítulo primero, al tratar del objeto del contrato, nos hemos ocupado de este punto.

Pueden comprarse y venderse las cosas que pueden ser enajenadas; esta es la regla establecida en la ley 27 Díg. DE COND. EMPT. La venta de una cosa que se halle destruída en la época de la celebración del contrato es nula, si ambos contrayentes ignorán

esta circunstancia; si hubiese sido destruída en parte, subsistirá el contrato disminuyéndose el precio á juicio de peritos (ley íd.), á menos de que la destrucción parcial de la cosa haya variado su naturaleza; así, destruída la cosa comprada ó los árboles de un bosque, queda nula la venta, á pesar de subsistir el terreno (ley 58 íd.).

Mantiene esto alguna relación con el 1.460 del Código, de que, si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato; pero si se hubiese perdido solo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato ó reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido. Este artículo hay que combinarlo con el 1.182 y siguientes. Esto no es un caso de nulidad, sino de resolución de venta, que no excluye la indemnización de perjuicios en el caso de dolo (art. 1.102).

La venta de los frutos que en un año dado se esperan cojer, no tendrá efecto si en aquél no naciere ninguno, á menos que el comprador los hubiese comprado á su riesgo y ventura (ley 8.^a Dig. íd.); esto demuestra que la nota de conmutativo en el contrato de compraventa no es esencial, puesto que puede tener carácter accesorio.

Formando dos cosas el objeto de la compra, la destrucción total de una de ellas solo anulará el contrato cuando, atendida su mútua relación, el comprador no hubiese adquirido la una sin la otra (ley 44 íd.) La venta de una cosa propia del comprador es nula (ley 16 íd.) porque nadie puede contratar consigo mismo. Siempre que se verifique la venta de una cosa de fuera del comercio, destruída en un todo ó propia del comprador, si éste lo ignoraba y el vendedor lo sabía, deberá devolver á aquél el precio, indemnizándole de los daños y perjuicios que le hubiese ocasionado (leyes 15, 57 y 62 Digesto DE CONTR. EMPT.); esto se debe á que la compraventa es de los contratos que se llaman de buena fe. Pero si el comprador sabía aquello, no podrá recobrar el precio que había pagado (ley 57 íd.), porque pasa por las consecuencias de lo hecho, sin que pueda llamarse á engaño; y si ambos lo sabían, será siempre nulo el contrato y cada cual podrá recobrar lo suyo, sin deberse indemnización alguna, (leyes 34 y 57), porque el engaño mútuo se neutraliza.

La venta de la cosa ajena es válida cuando ambos contrayentes no ignoran esta circunstancia. Si el comprador sabe que la cosa no pertenece al vendedor, aún después de entregarla á su dueño, no podrá reclamar el precio, si así no se hubiera convenido. Si el comprador ignoraba que la cosa fuera ajena y se ve desposeído de ella

por el verdadero dueño, el vendedor deberá devolver el precio, más los daños y menoscabos causados al comprador por razón del contrato (leyes 28 *íd.*; 11 y 13 *Dig. DE ACT. EMPT.*; y 27 *Cód. DE EVICT.*) Las cosas que no pueden enajenarse, que formen parte accesorias de otra que pueda serlo, pueden venderse juntamente con la misma (leyes 22, 23 y 24 *Dig. DE CONTR. EMPT.*)

En Aragón, la cosa empeñada hasta el vencimiento de cierto término, no puede ser vendida mientras el plazo no se cumpla, excepto en el caso de que el comprador consienta en aguardar para recibirla. Si la compra de cosa hurtada ó robada se hizo de buena fe y el comprador manifiesta, bajo juramento, no conocer al vendedor y devolviera la cosa á su dueño, éste deberá entregarle la mitad del precio; tratándose de un animal, deberá el comprador manifestar quién fué el vendedor y éste probar que era suyo al tiempo de venderlo, para que se respete la posesión en el comprador; no probándose, se devolverá el animal á su dueño si jura que no lo vendió ó lo donó ó lo enajenó en modo alguno (*Obs. 3.^a DE EMPTONE ET VENDITIONE* y 12 *DE GENERALI PRIVILEGIS*).

En Navarra, no pueden ser objeto de compraventa las cosas empeñadas, las litigiosas, las donadas por razón de matrimonio á hija que no tuviese hijos, á menos que se preste fianza de que el precio de la venta se invertirá en otra finca de igual valor para que vuelva á los donantes ó á sus parientes, si la donataria muere sin hijos después de la viudedad foral. Las cosas de abolorio ó de patrimonio que correspondan á varios hermanos tampoco pueden venderse hasta después de hecha la partición, á no ser que concurren todos al otorgamiento del contrato. Tampoco se podrán vender las cosas pertenecientes proindiviso á varias personas, á menos que se determine con todo detalle la parte que, como mitad, tercera, cuarta, etcétera, se enajene.

El Código no habla de las cosas que pueden ser objeto de la compraventa, y, por lo tanto, debe acudirse á lo prescrito en el mismo respecto del objeto de los contratos.

Acerca del precio, éste puede consistir en dinero ó en signo que lo represente. Esto último no lo prescribió el Derecho romano porque se desconocía la moneda fiduciaria y los otros instrumentos de crédito que el Derecho mercantil ha introducido; así es que, prescriben la ley 36 *Dig. DE CONTR. EMPT.*, y la *Inst. §§ 1.^o y 2.^o DE EMPT. ET VEND.* que el precio, además de verdadero y cierto, debe consistir en dinero. Es un elemento necesario: *PRETIUM*

AUTEM CONSTITUI OPORTET, NAM NULLA EMPTIO SINE PRETIO ESSE POTEST.

Hay precio verdadero cuando consiste en una cantidad proporcionada al valor natural de la cosa. Se llama precio justo cuando no excede ni es inferior á la mitad del valor de la cosa, esto es, cuando no existe lesión *ULTRA DIMINIUM*, institución establecida en el Derecho romano, de la cual nos hemos ocupado y que no existe ni en el Código, ni en la Legislación aragonesa, en donde culmina el principio: *TANTUM VALET RES, QUANTUM VENDI POTEST*, que tiene su precedente en la ley 7.^a, tít. 4.^o, lib. 5.^o del Fuero Juzgo. En cambio, subsiste en Cataluña y Navarra.

Prescriben las leyes 26, 38 y 55 Dig. DE CONTR. EMPT. y 3 y 9 Cód. id., referentes á la condición del precio verdadero, que cuando por la insignificancia del mismo ó por su condonación se conozca que es simulado, no hay compraventa y sí una donación sujeta á las reglas de ésta. El precio debe ser real, sea ó no proporcionado con el valor de la cosa, nunca insignificante ó irrisorio, porque en este caso, faltando uno de los elementos esenciales del contrato, éste es inexistente, y constituye una superchería, que es cosa muy distinta del precio justo, ó el sea proporcionado al valor de la cosa y cuya falta produce acción rescisoria en las legislaciones que conservan el remedio llamado de *lesión*.

Pero, además, el precio debe ser cierto, esto es, determinado, puesto que constituye el equivalente económico de la cosa que se vende; pero esa determinación puede dejarse al arbitrio de persona determinada, es decir, que se ha de expresar cuál es, ó qué personas sean, por más que el art. 1.447 habla en singular, en cuyo caso y habiendo disentimiento entre ellas, creemos que debe valer el precio que dé la mayoría, si otra cosa no se hubiere estipulado. La determinación de persona que fije el valor puede no haberse expresado al establecer el contrato, procediendo, entonces, si bien éste no surte efecto en el entretanto, que los contrayentes llenen después ese requisito. Fijado el precio por el tercero ¿pueden recurrir las partes contra su decisión, ó tienen forzosamente que pasar por ella? Solo cabe ese recurso en los casos 1.^o y 2.^o del art. 1.291 que autorizan la rescisión por lesión, pero no en los demás, ante lo prescrito en el art. 1.293. Ese tercero no oficia como amigable componedor y, de consiguiente, la fijación del precio no constituye sentencia, si que el cumplimiento de un requisito esencial del contrato. Lo que él diga ha de prevalecer, sin ulterior recurso, á menos que se haya separado

de las instrucciones concretas y precisas que los otorgantes le hubiesen suministrado ó del procedimiento, al efecto marcado, que debió seguir para la fijación del precio. En estos casos es impugnabile su resolución, porque en tanto confiaron aquéllos en su arbitrio, en cuanto se ajustara á los términos y datos que le proporcionaran y que debió tener en cuenta, no por el error de apreciación que haya sufrido el tercero por no tener en cuenta las utilidades de la cosa. Caturí distingue, al comentar el Código italiano, en si el tercero fué nombrado en calidad de árbitro ó en la de perito y dice que, en el primer caso, su juicio es inapelable y en el segundo puede modificarlo el Juez.

El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (porque nadie puede ser juez y parte á la vez); así lo prescriben el art. 1.449, la ley 7.^a Dig. DE CONTR. EMPT. y la Inst. § 1.^o DE EMPT. ET VEND. Añade esta última que si no se hace la determinación del precio, será nula la venta y que, confiada la fijación á un tercero, solo existirá el contrato cuando éste lo verifique.

También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviere en determinado día, Bolsa ó mercado ó se fije un tanto menor ó mayor que el precio del día, Bolsa ó mercado, con tal que sea cierto (art. 1.448 en relación con el 326 del Código de comercio). Si bien el Derecho romano no registra una disposición rigurosamente igual á ésta, porque allí no existieron los centros de contratación que hay en el día, el espíritu en que se informa aparece en la ley 1.^a Dig. DE OFIC. PREF., de que los contrayentes son árbitros de fijar el precio que mejor les parezca (de manera que podían determinar el valor que tuviesen las cosas en cierto día), excepto en aquéllas que, por razón de utilidad pública, se halle determinado por la autoridad.

Del perfeccionamiento

La venta, puesto que constituye un contrato consensual, se perfecciona entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del mismo, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. No dice el Código si el vendedor ha de ser dueño ó no de la cosa que se obliga á trans-

mitir por efecto de la perfección del contrato; puede no serlo. La entrega de la cosa y la satisfacción del precio pertenecen al período de consumación, que es el de realización, con el verdadero carácter real, mientras que el de perfección es de espiritualización, valga la palabra, con el poder que da el consentimiento; bien entendido que los efectos de la perfección son solo entre comprador y vendedor, no con respecto á tercero, y así se declaró en Sent. de 8 de Marzo de 1901, que no dió lugar á un retracto fundado en documento privado, porque no aparecía consumada la venta con la tradición de la finca, doctrina también que, tratándose de la adjudicación pedida y no consumada en juicio ejecutivo, se hallaba establecida por la de 1.º de Julio de 1900 y por la de 19 de Enero de 1898, recaída en caso de remate de finca, cuyo comprador consignó el precio en el Juzgado, y cuya venta no podía hacerse por haber revocado la Audiencia el auto del Juez, habiéndose resuelto por el Supremo que se devolviera el precio al rematante, porque la venta hecha por el Juez estaba pendiente de la apelación admitida en un solo efecto.

El daño ó provecho de la cosa vendida se regula por lo dispuesto en los arts. 1.096 y 1.182. Esta regla se aplica á la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, sin consideración á su peso, número ó medida. Si las cosas fungibles se vendieran por un precio fijado con relación al peso, número ó medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado ó medido, á no ser que éste se haya constituido en mora (art. 1.452).

Este precepto no se separa de lo establecido en las leyes 2.ª, título 48, lib. 4.º del Código romano y 35 y 62, tít. 1.º, lib. 18 del Digesto, prescriptivas de que el peligro, el daño y el provecho de la cosa vendida son de cuenta y riesgo del comprador desde que se perfeccionó el contrato, aún cuando hasta la entrega de la cosa no adquiría este su propiedad; esto contradice el principio de Derecho RES SUO DOMINO PERIT, pues si el vendedor era dueño de la cosa mientras no la entregaba con la tradición, él debía hacer suyo el daño ó provecho de la misma, nunca el comprador. Este, pues, corre con los riesgos de la cosa y sufre las consecuencias de su pérdida, á lo cual llamaban los romanos PERICULUM REI VENDITÆ, así como hace suyos los aumentos ó provechos de la misma: COMMODUM REI VENDITÆ, todo lo cual constituye una desviación de la regla de las obligaciones bilaterales, en las que, mientras una parte no cumple la suya, la de la otra no surte efecto.

El Código se ha separado de dichas leyes romanas y de las Partidas, y se atiende, cuando la cosa vendida es determinada, á dichos arts. 1.096 y 1.182, respecto á quién corresponde el daño ó provecho de la misma desde la perfección del contrato hasta que sea entregada. La eficacia de esa perfección, cuando la venta se hace simplemente á un precio obligatorio, si han convenido las partes en éste y en la cosa, y aún cuando la primera no haya sido satisfecha, la prescriben las leyes 1.^a Dig. DE CONT. EMPT., y 6.^a Cód. íd. título 38, lib. 4.^o

La segunda y tercera parte del art. 1.452, aparecen en las leyes 34, §§ 5.^o y 6.^o Dig. DE CONTR. EMPT., de que la venta puede contraerse á un precio por la totalidad de la cosa ó á tanto la medida, número ó peso; añade la ley 35 Dig. íd. que la venta, en este segundo caso, no es perfecta al efecto de transpasar al comprador el riesgo de la cosa vendida hasta que la misma sea contada, pesada ó medida, pero ambas partes pueden pedir el cumplimiento del contrato, lo mismo que el Código prescribe; pero éste añade, como excepción á esa regla, «á no ser que éste (el comprador) se haya constituido en mora; ésta es la llada ACCIPIENDI.

La venta á calidad de ensayo ó prueba de la cosa vendida y la de las cosas que es costumbre gustar ó probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva. El comprador no se obliga en ese contrato, que no pasa de ser una promesa unilateral de venta, correspondiendo el art. 1.453, cuyo es parte de lo arriba dicho, con la ley 34, § 5.^o Dig. DE CONT. EMPT., prescriptiva de que si el comprador se ha reservado el derecho de ver ó gustar la cosa, no le obliga el contrato hasta haber quedado satisfecho de la calidad de aquélla, añadiendo las leyes 13 y 55 Dig. íd. y 13 Cód. que, no habiéndose fijado término dentro del cual debía manifestar el comprador su aprobación ó rehuso, no queda obligado el vendedor, precisamente porque existe esa condición suspensiva á que el Código se refiere, por incertidumbre en el sí ó en el cuando.

En los casos citados por las leyes romanas, gustada, medida ó pesada la cosa con la aprobación del comprador y aún cuando no hubiese comparecido el vendedor á verificar tales operaciones en el día señalado, no opuesto al determinado en el contrato, se entienden bien hechas aquéllas (leyes 4.^a y 5.^a Dig. DE PER. ET COM.)

El art. 1.453 presenta dos situaciones; una, en la venta hecha á calidad ó ensayo de la cosa vendida; esto supone que así se haya determinado en el contrato; y otra, en la de cosas que es cos-

tumbre gustar ó probar antes de recibirlas. La costumbre suple el cuerdo de los contratantes al perfeccionar el contrato; tanto en un caso como en otro, y á base de que los contrayentes pueden separarse con sus pactos de esa costumbre, las ventas así hechas se hallan afectadas por una condición suspensiva, debiéndose acudir á lo que el Código estatuye respecto de esta clase de modalidades.

Forma del contrato

El otorgamiento de escritura no es requisito necesario para la validez de la compraventa; pero, para que sea eficaz, se exige si se contrae á bienes inmuebles, para lo cual pueden las partes comparecerse recíprocamente. Los gastos de su otorgamiento son de cuenta del vendedor y los de la primera copia y demás, posteriores á la venta, del comprador, salvo pacto en contrario.

El Código se ha separado de lo dispuesto en la Inst. PRINC. DE EMPT. ET VEND.; dice ésta que la venta puede celebrarse por escrito ó de palabra, y añade que, en el primer caso, queda perfeccionada luego de firmada la escritura por los contrayentes, y en el segundo, por el simple consentimiento de las partes en la cosa y en el precio, aún cuando para que constase su celebración hubiesen convenido en otorgar escritura, cuyo requisito pueden pedirse recíprocamente los contratantes.

De las obligaciones del vendedor

El vendedor viene obligado á entregar la cosa al comprador con todo lo que á la misma corresponda, mediante las formas de tradición que hemos estudiado en el cap. XII del tomo II. Esa obligación, la de conservar la cosa hasta su entrega y de responder de la misma en caso de evicción ó vicio redhibitorio, aparece en las leyes 188 Digesto DE VERB. SIG., 3.^a y 11 Dig. DE ACT. EMPT. ET VEND. y 25 Dig. DE COND. EMPT. La entrega y saneamiento son las obligaciones que el Código impone al vendedor. Este, según prescribe la ley 172 Dig. DE REG. JUR.; leyes 21, 23 y 39 Dig. DE CONTR. EMPT., 39 Dig. DE PACTIS; 30 Dig. DE SERV. PRÆD. RUST. y 17 Digesto DE SERV. URB., debe explicar con claridad aquello á que se obliga; todo pacto oneroso ó ambiguo se interpretará contra el

mismo, prescripciones que no registra el Código, el cual, al decir que la cosa sea determinada, declara, implícitamente, que la falta de determinación de ésta lleva consigo la inexistencia del contrato por carecer de uno de sus elementos objetivos, y respecto á la interpretación del contrato por ambigüedad ú oscuridad del mismo, dicho cuerpo legal establece reglas de las cuales nos hemos ocupado.

Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador (art. 1.462), que es lo que dice la ley 3.^a tit. 1.^o, lib. 19 del Dig., con estas palabras: *RATIO VEL DATIO POSSESSIONIS, QUAE AD VENDITORE FIERI DEBEAT*. Añaden las leyes 2.^a, 7.^a y 52 Dig. DE ACT. EMPT. ET VEND., que la entrega de la cosa vendida debe verificarse del modo que sea más conforme y permita su naturaleza; de esto se ocupa el Código al hablar de la obligación de dar.

Añade dicho art. 1.462, que cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá á la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare ó se dedujere claramente lo contrario. Constituye esto, no la perfección del contrato, como en el Derecho romano, sí que la consumación del mismo; un modo de adquirir derivativo, tomada esta palabra en el aspecto plástico del mismo, que el Código no lo refiere solamente á la venta de cosas inmuebles, pudiendo, por tanto, aplicarse á la de muebles. Esta forma de entrega constituye una tradición fingida, por disposición de la ley, que cede al pacto en contrario.

El Derecho romano exigió la entrega de los títulos de posesión de la cosa vendida, así como, igualmente, impuso al vendedor la obligación de manifestar los límites de la misma (leyes 48 y 52 Digesto DE ACT. EMPT. ET VEND. y 63 Dig. DE CONV. EMP.), añadiendo las leyes 1.^a, 5.^a, 12, 21, 23 y 31 Dig. DE ACT. EMPT. ET VEND. y 4.^a Cód. íd. que la falta de entrega de la cosa obliga al vendedor á la correspondiente indemnización de perjuicios, sobre cuyo punto el Código establece disposiciones generales, al tratar de los efectos de las obligaciones.

El Derecho romano, más detallista que el Código, aún cuando éste ha recogido el espíritu de aquél, consigna estas disposiciones: la venta de una cosa inmueble comprende la de todas aquellas que están unidas y forman parte de la misma (leyes 13, 14, 17, 18 y 26 Digesto DE ACT. EMPT. ET VEND.) Se comprenden en la venta, las servidumbres á que esté afecta la cosa (leyes 47, 48 y 49 Dig. DE CONTR. EMPT.); de modo que si el dueño de dos casas contiguas

hubiese añadido para utilidad de la que vende alguna estancia de la otra, quedará la misma comprendida en la enajenación (ley 47 Dig. DE DAMN. INFECT.) Las cosas que se hallen unidas á los edificios, más bien para la comodidad del propietario que los habita, que por formar parte de los mismos, no vienen comprendidas en la venta (ley 45 Dig. DE VERB. SIGN.)

No tenía el Legislador necesidad de expresar estas reglas, por haberlo hecho en el tratado de obligaciones, ni menos podía copiar las leyes 15, 16 y 17 Dig DE ACT. EMPT. ET VEND. y la 38 Digesto DE AEDIL. EDICT. dispositivas, respectivamente, de que vendida una heredad no se comprenden en ella las prendas, cubas y animales que se hallen en ella; pero sí los frutos pendientes y los estiércoles destinados al beneficio de la misma, como tampoco los accesorios de las cosas muebles que pueden separarse de ella, á menos de que se haya adornado el objeto para poderlo vender, pues el Código ha dado normas respecto de todo esto, no solo en dicho tratado, sino al determinar qué se entiende por cosas muebles y qué por inmuebles, y especialmente en los arts. 346 y 347.

El Derecho romano impone al vendedor la obligación de satisfacer los daños y perjuicios que provengan al comprador de resultas de haber procedido con dolo ó con mala fe en el contrato (leyes 1.^a y 6.^a Dig. DE ACT. EMPT. ET VEND.) de los que sufra aquél por la falta de entrega de la cosa en el día y lugar estipulados (leyes 3.^a y 4.^a Digesto íd. y 10 y 15 Cód. íd.) y también de los que provengan de caso fortuito, de cuyos daños y ganancias se hubiese privado al comprador por causa de mora en el vendedor (leyes 21 Dig. DE CONT. EMPT. y 12 13 y 14 Dig. DE PER. ET COM.)

El art. 1.463 del Código trata de la tradición simbólica ó sea la entrega de las llaves del lugar ó sitio donde se hallen almacenados ó guardados los muebles objeto de venta, así como de la tradición BREVI MANU y de la CONSTITUTUM POSSESSORIUM, mediante el acuerdo ó conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse á poder del comprador en el instante de la venta ó si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo.

En los bienes incorporales se da la cuasi tradición, y, según prescribe el art. 464, puede consistir en el otorgamiento de escritura; en cualquier otro caso en que no sea aplicable dicho art. 1.462 se entenderá por entrega, el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia de los bienes incorporales ó el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor.

La tradición debe ir acompañada del evidente propósito, por parte del vendedor, de entregar la cosa corporal ó incorporal al comprador; pero el hecho de la entrega refleja la intención, á menos que se demuestre lo contrario, cosa que solo al transmitente corresponde probar.

Los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte ó traslación, de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial; así lo prescribe el artículo 1.465, que corresponde á la ley 5.^a, tít. 45, lib. 8.^o del Código romano. Los gastos de la entrega, como inherentes á esta operación, son de cuenta del vendedor; los de transporte de la cosa son actos que están fuera de esa entrega; no son ya del contrato y debe pedírselos el comprador, en cuyo beneficio se hacen; pero tanto unos como otros, se entiende no mediando estipulación en contrario, primera fuente á que habrá de acudir para saber quien carga con ellos.

El vendedor no estará obligado á entregar la cosa si el comprador no le paga el precio ó no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago (art. 1.466), y es claro, porque la compraventa es un contrato bilateral, con su nota de reciprocidad; la entrega de la cosa exige la satisfacción del precio que es la causa de la obligación del vendedor, palpitando, por tanto, en esa relación jurídica, una condición suspensiva tácita, bajo cuyo influjo se perfecciona el contrato, y continúa con sus efectos hasta su consumación. Pero esa regla tiene una excepción: el vendedor, aún cuando no se le entregue el precio, tiene obligación de entregar la cosa, si el pago de aquél fué aplazado en el contrato, porque esto constituye un pacto que debe cumplirse. Precedentes de esta disposición los vemos en el § 41, título 1.^o, lib. 2.^o de la Instituta; en la ley 13, tít. 1.^o, lib. 19 del Digesto y en la ley 78, tít. 1.^o, lib. 18 del mismo.

Aún cuando se haya aplazado el pago, el vendedor queda relevado de entregar la cosa, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, porque en las relaciones patrimoniales, que deben hallarse presididas por la buena fe, la solvencia de la persona es supuesto del contrato que le dió vida, constituyendo la situación insolvente del comprador un obstáculo para la efectividad normal de lo convenido. Pero esa insolvencia no ha de ser huera ó ficticia, sino positiva y de tal naturaleza que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, apreciable esto por el Tribunal *Á QUO*, en cada caso, sin que el Legislador exija que el comprador se halle

en concurso ó quiebra, bastando que se acredite esa situación, y que sea de tal suerte que se corra tan inminente riesgo; bien entendido que esto tiene una excepción y es cuando el comprador afiance pagar en el plazo convenido. Ese art. 1.467 tiene sus precedentes en la ley 19 Dig. DE REGULIS JURIS. y § 41, tít. 1.º, lib. 2.º de la Instituta.

No dice el Código qué clase de fianza será admisible de las varias que el Derecho reconoce; según Manresa (quien sostiene que la insolvencia debe de ser declarada por los Tribunales ó resultar de un procedimiento judicial) será á satisfacción del vendedor, con lo cual no estamos en un todo conformes, porque puede ser éste muy exigente, y creemos más justo que sea el Juez quien, con conocimiento de la cuestión, determine la clase de garantía que el comprador deba prestar.

El vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionamiento del contrato, porque el consentimiento recayó sobre la cosa en su particular estado; de lo contrario faltaría la causa del contrato para el comprador, y de consiguiente, aquél debe conservarla en el estado que tenía al perfeccionarse la venta, prestándole todos los cuidados propios de un diligente padre de familia, siendo aplicables los arts. 1.094, 1.182 y 1.183. Todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día que se perfeccionó el contrato, á pesar de que éste no adquiere derecho real en la cosa mientras no se le entregue; no es mas que un acreedor de ella que hace suyos los frutos, lo mismo los naturales que los industriales y civiles, producidos estos últimos día por día, y ya que tiene ese derecho, corre con los gastos á que alude el art. 356; todo esto puede ser modificado por pacto.

La obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato, mediante las siguientes reglas: Si la venta de bienes inmuebles se hubiese hecho con expresión de su cabida á razón de un precio por unidad de medida ó número, tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si éste lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato; pero si esto no fuese posible, podrá el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio ó la rescisión del contrato, siempre que en este último caso no baje de la décima parte de la cabida, la disminución de lo que se le atribuyera al inmueble.

El Código se ha separado de lo dispuesto en la ley 40 Dig. DE CONTR. EMPT. (respecto á la venta por unidad de medida), disposi-

tiva de que deberá aumentarse ó disminuirse el fijado por la totalidad en caso de resultar que esa medida (lo mismo que en número ó peso) sea mayor ó menor que la expresada, añadiendo la ley 38 Dig. DE ACT. EMP. ET VEND. y ley 35 íd. DE EVICT. (y en esto el Código y el Derecho romano están de acuerdo) que si se ha vendido una cosa á un precio por la totalidad, no se hará ningún aumento en el mismo, aún cuando aquélla tenga más del número, peso ó medida expresado, en cuyo caso el vendedor se hará también responsable por la evicción de alguna parte de la cosa, aún cuando no disminuyera por el peso ó medida que se hubiese expresado.

El art. 1.469 se refiere solo á la venta de bienes inmuebles cuando no recaen sobre los llamados cuerpos ciertos, esto es, sobre la totalidad de la cosa, cualquiera que sea su cabida, sino cuando se fija un precio por unidad de medida ó número. El vendedor deberá entregar al comprador, si éste se lo exige, todo lo que se haya expresado en el contrato, porque éste constituye la ley para sus otorgantes. No siendo posible hacer esa entrega totalizada, el comprador puede optar entre una rebaja proporcional del precio, sirviendo de punto de cuenta el número ó medida fijados en el contrato, no el que la cosa realmente tenga, ó la rescisión de éste, siempre que no baje de la décima parte de la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble. Así, por ejemplo se trata de una finca cuya cabida es de cien hectáreas y bajo este supuesto, que es causa del contrato para el comprador, se conviene en que el precio sea á quinientas pesetas la hectárea; verificada la venta, resulta que la finca tiene noventa y una hectárea, en cuyo caso al comprador no le cabe otro derecho que á la rebaja ó devolución, en su caso, de cuatro mil quinientas pesetas; pero si de la medición resulta que el inmueble tiene ochenta y nueve hectáreas, el comprador puede elegir entre que se le rebajen ó devuelvan cuatro mil quinientas pesetas ó que se rescinda el contrato, porque esta circunstancia de cabida menor de la décima influye en la causa del contrato.

Si la finca resulta ser de mayor cabida ó número que los expresados en el contrato, debe acudirse á lo dispuesto en el art. 1.470 prescriptivo de que el comprador debe satisfacer el exceso del precio, si la mayor cabida ó número no pasan de la vigésima parte de los señalados en el contrato; por ejemplo la finca vendida á base de que tenía cien hectáreas, resulta tener más de este número, pero menos de 105; rebasando de este tipo, ese comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble ó desistir del

contrato, (el Código no emplea la palabra rescisión); si ese comprador no opta por esto último, el vendedor tiene derecho á exigirle que le abone esa mayor cantidad de precio, en proporción al número de hectáreas que tiene de más. El Código no distingue entre ventas judiciales y extrajudiciales.

Añade el art. 1.469 otra regla; lo dispuesto en el apartado segundo del mismo será aplicable si alguna de las partes de la cosa, aunque resulte igual cantidad, no es de la calidad expresada en el contrato, procediendo tan solo la rescisión cuando el valor exceda de la décima parte del precio convenido; y como quiera que para algo se han escrito las palabras «si alguna parte», entendemos, ajustándonos al criterio de exclusión, que cuando la diferencia de calidad afecta á toda la cosa, no es de aplicación el precepto.

En la venta de un inmueble hecha por precio alzado y no á razón de un tanto por unidad de medida ó número, no tendrá lugar el aumento ó disminución del mismo, aunque resulte mayor ó menor cabida, de los expresados en el contrato. La venta así hecha llámase de cuerpo cierto, esto es, con independencia de su medida ó número, debiéndose entregar todo lo comprendido dentro de los linderos, sin que quepa lesionar la integridad de la cosa, puesto que toda, tal como físicamente se presenta, fué objeto del contrato, aún cuando existan equivocaciones en los linderos. De manera que, ya se trate de la venta de un inmueble por un precio alzado, ya de la de dos ó más por un solo precio, no cabe el aumento ó disminución de éste aunque resulte mayor ó menor cabida ó número de los expresados en el contrato.

Consecuencia de lo dicho es lo dispuesto en la segunda parte del art. 1.471 de que eso mismo tendrá lugar cuando sean dos ó más fincas las vendidas por un solo precio; pero si, además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida ó número, el vendedor estará obligado á entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aún cuando exceda de la cabida ó número expresados en el contrato, y si no pudiere, sufrirá una disminución en el precio, proporcional á lo que falte de cabida ó número, á no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló.

El art. 1.471 no se opone á que la venta se concierte aplazando para después de celebrado el contrato la determinación de los requisitos necesarios para inscribir lo vendido (Sent. 8 Julio 1903).

Desde la Orden del Poder ejecutivo de 7 de Abril de 1869 las ventas de bienes del Estado no se hacen á cuerpo cierto, sino á razón de un tanto por unidad de medida ó número para que no sufran perjuicio los intereses del mismo por errores ó fraudes en las subastas.

Las acciones que nacen de los arts. 1.469, 1.470 y 1.471 prescriben á los seis meses contados desde el día de la entrega de la cosa, brevedad de plazo exigida para dar seguridades á la contratación. El art. 1.472, que contiene esa disposición, no alcanza á la acción mediante la que pide el comprador la entrega de ciertos trozos de tierra, considerándolos comprendidos en la venta.

Aún cuando el Derecho romano no registra esas acciones, creemos que dichas disposiciones son aplicables á Cataluña y Navarra, por tener el Código en estas regiones carácter supletorio.

Si una misma cosa se hubiese vendido á diferentes compradores, la propiedad se transferirá á la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Así lo prescribe el art. 1.473 que no expresa la clase de tradición, bastando la entrega de la cosa (elemento físico), á base de la existencia y validez del contrato, y la buena fe, que es el factor subjetivo; la posesión, pues, equivale al título.

Si fuere inmueble—añade el texto—la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, disposición no contenida en la ley de Partidas y que arranca del alcance y sentido del art. 17 de la ley Hipotecaria, constituyendo la inscripción registral una clase de tradición para que al *tercero* no perjudiquen los títulos no inscritos (Sent. de 24 de Noviembre de 1894). En nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» hemos dado el concepto de tercero en sus tres grados, á la cual nos remitimos.

El Derecho romano no contiene este precepto, pues según dispone la ley 31 Dig. ACT. EMPT. ET VEND., 9.^a Dig. DE PUBLICIA y 15 Cód. DE REI VIND., aplicadas en Sents. de 21 de Enero, 14 de Febrero y 16 de Diciembre de 1861, vendida una misma cosa á diferentes personas, tiene solo derecho á pedir su entrega el primer comprador; si fué entregada á otro, queda éste dueño de la misma, aún cuando fuese el último—que la compró, si satisfizo el precio. Los demás compradores que no reciban la cosa pueden reclamar del vendedor los daños y perjuicios.

Como quiera que en aquel pueblo no existía la institución registral inmobiliaria, el Derecho tenía que dar, unicamente, fórmulas re-

lativas á la tradición material en sus distintas clases, y nunca referirse á esa tradición de verdadera oficialidad, constituida por la promulgación, en el Registro, de la propiedad transmitida, y aún en aquella clase de tradición requeriase, para que el comprador tuviera derecho en la cosa, que le hubiese sido entregada aún cuando fuese el último de los que trataron, á base de que hubiese satisfecho el precio, por constituir éste y la entrega de la cosa, el periodo de consumación.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad á quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, á quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe. Esta, como se ve, es el elemento ético que imprime carácter á la adquisición del derecho, para que tenga el respeto y consideración que se merece, pues quien cree que la persona transmitente de la cosa es dueña de ella y que en el título de su adquisición no hay vicio alguno que lo invalide, es merecedor de que la ley le ampare, y si á esta circunstancia añade la posesión de la cosa, signo externo de la propiedad, debe gozar de preferencia á quien, aún teniendo buena fe, presenta un título que es solo un signo oficial del derecho. Habiendo quienes, no teniendo esa posesión y sí buena fe, presenten títulos de propiedad, es preferido el que lo tenga de fecha mas antigua, pues en su favor concurre el principio *QUI PRIOR EST TEMPORE POTIOR EST JURE*, verdadero homenaje al tiempo.

Acerca de la preferencia de derecho del que hubiese obtenido la inscripción registral, consúltense las Sents. de 14 de Abril de 1898 y 3 de Junio de 1899 que así lo declaran.

El dominio de la cosa vendida con escritura se transmite al comprador sin necesidad de tradición. (Ob. 39 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS; 4.^a DE EMPTIONE ET VENDITIONE; 22 DE FIDE INSTRUMENTORUM y 15 DE DONATIONIBUS. Las vigas ó trabes se reputan entregadas desde el momento que se señalan por el comprador ó por otra persona en su nombre (Ob. 10 DE EMPTIONE ET VENDITIONE. (Aragón).

Del saneamiento

Sanear significa hacer la cosa sana. El saneamiento procede en caso de evicción y por razón de los vicios redhibitorios de la cosa. Fúndanse: el primero, en la obligación que tiene el vendedor de salir

á la defensa de lo que hubiese transmitido, para que no sea perturbado ni perjudicado el comprador, y el segundo, en que fué causa del contrato por parte del comprador, recibir la cosa sin vicios ó gravámenes ocultos para obtener de ella su utilidad ó servicio, nunca el perjuicio. Por respeto á esto y por ser el contrato de compraventa uno de los llamados de buena fe, pues lo introdujo la equidad en Roma, el saneamiento es requisito natural en esta convención, sin que haya necesidad de establecerlo; surge por ministerio de la ley, pero puede renunciarse.

El comprador responde de la posesión legal y pacífica y de los vicios ó defectos ocultos que tuviere la cosa vendida; leyes 3.^a y 11, tít. 1.^o, lib. X del Digesto, 1.^a y 38, tít. 1.^o, lib. 25 de íd.

Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior á la compra de todo ó parte de la cosa comprada. El vendedor responderá de la evicción, aún cuando nada se haya expresado en el contrato. Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar ó suprimir esta obligación legal del vendedor; art. 1.475, con precedentes en la ley 6.^a, tít. 1.^o, lib. 10 del Digesto.

El Código se refiere, en orden al saneamiento, no á la perturbación de hecho, si que á la de derecho en que el comprador se hallaba de la cosa, de la que se le priva por virtud de sentencia firme que decide definitivamente el pleito en una instancia ó en un recurso extraordinario, sin que el vendedor pueda negarse á la obligación de sanear, so pretexto de que el comprador podía apelar del fallo, pues sobre la circunstancia de que este recurso es potestativo, no le quita á aquél su cualidad de firmeza, una vez consentido, tanto mas cuanto que á él le habrá sido notificada la demanda y, siendo parte en el litigio, pudo recurrir de la resolución judicial.

Opinamos con Manresa que donde el Código ha dicho «privación por sentencia firme», ha querido dar á entender la necesidad de que la privación de la cosa haya sido decretada por la autoridad competente en el procedimiento adecuado, lo mismo judicial que administrativo, pues si el saneamiento es un medio reparador del agravio, causado por el vendedor que carecía de derecho en la cosa al enajenarla (el modo en su aspecto inmaterial de que hemos hablado), debe darse allí donde se priva de ella á su legítimo adquirente. Por lo tanto, en los expedientes administrativos, para poder preparar la acción de saneamiento, el comprador debe pedir que se dé vista de ellos al vendedor y si á esto no accediere la Administración, hacer

el requerimiento notarial á dicha persona, para que no pueda alegar ignorancia.

No importa, para el ejercicio de la acción de saneamiento, que ese comprador sea demandante ó demandado; basta que exista la sentencia firme que le prive de la cosa para poderse acoger á ese medio reparador, á base de que la privación proceda de un derecho anterior á la compra, esto es, de lo que el vendedor puede responder lo mismo de todo que de parte de la cosa, á cuyo fin habrá de remontarse á la causa de la evicción, saber á quién es imputable semejante privación total ó parcial. Si á ese comprador le constaba el motivo legal por el que podía ser privado de lo que comprara, mayormente si consta del Registro de la propiedad en forma de pacto ó de condición resolutoria, no puede llamarse á engaño; habrá de pasar por las consecuencias de sus actos, sin derecho al saneamiento.

Este es una condición natural del contrato, pero, no obstante, los contratantes, en uso de su soberanía, pueden aumentar, disminuir ó suprimir esa obligación legal del vendedor, sin que sea preciso que parta de éste el hecho que dé origen á la evicción. Puede haberlo realizado alguno de sus causantes, porque aquél, no habiendo pacto en contrario, responde al comprador de todas las causas de evicción anteriores al momento de la compra, tanto judicial como extrajudicial. Si el juez otorga la venta, es en rebeldía y en nombre del ejecutado, adquiere éste un estado de solvencia respecto de su acreedor; éste, si es el ejecutante, no queda tenido al saneamiento, precisamente porque no era dueño de la cosa subastada.

La acción de evicción corresponde al comprador y á sus herederos, así como al nuevo comprador de la cosa, no solo contra quien se la vendió, sino contra los otros vendedores, procurando determinar la causa de la evicción, y cuándo existía ésta, porque solamente siendo anterior al primitivo contrato es como cabe ese encadenamiento de responsabilidades; también debe tenerse presente si en las ventas hechas medió la renuncia de ese derecho, pues caso afirmativo, quien la hizo no puede aprovecharse de sus beneficios, no pudiendo repetir contra su vendedor, pero sí contra los vendedores anteriores que no se hubieran puesto en esas condiciones defensivas por mérito de la renuncia.

Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte. Este adverbio *siempre*, escrito en el art. 1.476, significa que en todos los casos, á

menos que no haya prescrito la acción, hay derecho á la evicción renunciada, habiendo mala fe por parte del vendedor.

El Derecho romano contiene prescripciones muy análogas á las del Código civil, á saber: llámase evicción á la pérdida de la cosa adquirida con justo título, á consecuencia de la reclamación de un tercero, por un hecho anterior á la enajención (leyes 16 y 21 Digesto DE EVICT., tít. 2.º, lib. 21). Para que el enajenante sea responsable de ella se requiere: 1.º Que el adquirente haya sido desposeído de la cosa por sentencia de Juez competente (lo que el Código llama sentencia firme); 2.º Que el que la adquirió la hubiese defendido en el juicio oponiendo las excepciones legales de que pudiese hacer uso (esto el Código no lo exige, ya veremos luego lo que acerca de lo mismo prescribe) (leyes 15 y 17 Dig. íd.) 3.º Que no haya tenido culpa alguna en la pérdida de la cosa (ley 8.ª Cód. DE EVICT. tít. 45, lib. 8.º) 4.º Que no se le haya reclamado por algún derecho de que ya tenía noticia cuando la adquirió, á no ser que haya mediado pacto expreso sobre la evicción (ley 27 Cód. íd.) 5.º Que la sentencia no haya sido proferida por error, ignorancia ó malicia del Juez (ley 31 Dig. íd.; leyes 8 y 15 Cód. íd.); el Código omite esta circunstancia porque, mediando prevaricación por parte del Juez, tiene el agraviado sus recursos; allá el vendedor para utilizarlos; al comprador le basta que la sentencia sea firme, para pedir el saneamiento. 6.º Que, promovido el juicio, el comprador demandado lo hubiese puesto en conocimiento del enajenante ó de sus herederos antes de la publicación de probanzas (este periodo procesal no existe en la ley de Enjuiciamiento civil, y, de consiguiente, debe estarse á lo que el Código prescribe), á menos que se hubiese pactado que la evicción tendría lugar sin este requisito (leyes 23, 29 y 36 Dig. íd.)

El saneamiento por evicción procede aunque solo se hubiese perdido una parte de la cosa (ley 36 Dig. DE EVICT.) El usufructuario se considera como adquirente, y en caso de evicción, será indemnizado por justa estimación (ley 5.ª Dig. íd.) El que enajena una universalidad de bienes no está sujeto á responsabilidad alguna por la evicción de alguna cosa particular de ella (leyes 1.ª y 2.ª Código DE EVICT.; Dig. DE HERED. ET ACT. VENDIT.) El que adquiere una cosa por causa de transacción nada puede reclamar en caso de evicción, á menos que aquélla fuere diferente de la que formaba el objeto del litigio (ley 23 Cód. DE TRANSACT.)

El Derecho aragonés contiene las siguientes disposiciones: El vendedor responde de la evicción, pero se requiere que el deman-

dado tenga y posea la cosa (Ob. 14 DE PRIVILEGIO GENERALI lib. 9) y requiera de evicción al vendedor en el término de veinte días, á contar desde la reclamación (Ob. íd. y Fuero 3.º DE REI VINDICATIONE, lib. 3.º) A la evicción se le llama fianza de salvedad y se entiende dada sin necesidad de cláusula expresa en el contrato; así se infiere del Fuero 1.º y Obs. 5, 7, 11, 12 y 13 DE PRIVILEGIO GENERALI y Fuero *Vendición de Corte* de las de 1646). El fiador no está obligado á recibir defensa de aquel de quien es autor ó fiador, á no ser que aquel que los llame á la defensa tenga y posea la cosa reclamada (Ob. 14 DE PRIVILEGIO GENERALI) El heredero del vendedor no está obligado á salir por sí á la mala voz, si no tiene otros bienes que los que su padre poseyera, á no ser créditos ú otros derechos, por lo mismo que no se hallan en su poder (Ob. 9.ª íd.)

Cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar unicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, á no ser que el comprador hubiere hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometándose á sus consecuencias. Así lo prescribe el art. 1.477, parejo de la ley 11 Dig. DE ACT. EMPT. ET VEND. Toda renuncia al saneamiento se reputa consciente mientras no se demuestre lo contrario: á quien incumbe probar que el comprador al hacer esa renuncia tenía conocimiento de los riesgos de la evicción para quedar sometido á sus consecuencias, es al vendedor, puesto que, de tal manera, se exime de la obligación de devolver el precio. Aún cuando la cosa valiese más ó menos, al venderse, del precio que tenga cuando se sana, éste y no aquél es el que el vendedor debe devolver, según dice Goyena, prescriben las leyes 66 y 70, tít. 2.º, lib. 21 del Digesto y dispone el Código.

Según Manresa, para estimar que la renuncia se ha hecho con conocimiento de los riesgos de la evicción, sometándose el comprador á sus consecuencias, bastará con que así lo exprese el comprador en el contrato, sin que tenga necesidad de añadir ninguna otra circunstancia; pero sin que se pueda prescindir tampoco de esta declaración solemne que no puede ser suplida por nada. Nos separamos de este sentir; el Código no exige que conste cumplido ese requisito de tal manera; si se prueba en el pleito que el comprador renunció al saneamiento al otorgarse el contrato ó después, y de que cuando hizo esa renuncia conocía las causas ó riesgos de la evicción y que dijo que pasaba por sus consecuencias, no infríendose esto,

sino acreditándose, entendemos que carecerá de derecho al percibo del precio, porque ha venido á correr un albur con la compra de la cosa, constituyendo esto un contrato aleatorio.

Cuando se haya estipulado el saneamiento, ó cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho á exigir del vendedor: 1.º La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor ó menor que el de la venta. Así lo prescribe el art. 1.476 que se separa, con fortuna, de lo prescrito en las leyes romanas. Con efecto; según la 8, 17, 60 y 70 Dig. DE EVICT. lib. 21, tít. 2.º, el enajenante no está obligado á devolver el valor del precio que tuviere la cosa al tiempo de la evicción, sino el que hubiese recibido, reintegrando al comprador de los perjuicios sufridos y de los gastos del precio. Consideramos preferible lo dispuesto en el Código, que evita cuestiones sobre fijación y regulación de perjuicios. El Derecho romano, habiendo tomado ese criterio, tenía que prescribir y así lo hizo en la ley 9.ª Cód. DE EVICT. que el reintegro de perjuicios comprende el reembolso de las mejoras hechas por el adquirente que no le hubieran sido abonadas en el juicio de evicción, teniendo el depositario de la cosa acción directa contra el dueño de ella que percibe la utilidad de lo mejorado y no contra el que la vendió, no obstante estar tenido á la evicción, añadiendo la ley 16 Cód. ídem que si en este juicio no hubiese reclamado el adquirente el importe de las mejoras, carece el enajenante de acción para recobrarlas, á menos que éste hubiese verificado la enajenación con mala fe. Habiendo mediado mala fe por parte del enajenante, podrá el adquirente de la cosa entablar contra él la demanda de perjuicios, aún antes de haber sufrido la evicción (leyes 6.ª, 20 y 45 Dig. DE ACT. EMPT., tít. 1.º, lib. 19), pero nada podrá reclamar por esta causa el adquirente cuando hubiese perdido la cosa por fallo arbitral á que se hubiese sujetado; de manera que se exige precisamente sentencia judicial.

Consecuentes también con ese criterio de reclamación de perjuicios, disponen las leyes 1.ª, 12 y 53 Dig. íd., tratándose de la evicción de una parte de la cosa que comprende el demérito que tenga la restante, salvo que la enajenación se hubiera hecho estimándose aquella por partes, como á tanto la medida.

Prescribe el art. 1.478 que el comprador tiene derecho á exigir del vendedor los frutos ó rendimientos de la cosa si se le hubiere condenado á entregarlos al que haya vencido en juicio; las costas

del pleito que hayan motivado la evicción y en su caso las del seguido con el vendedor para el saneamiento (esto supone que hubo evicción porque en otro caso no procede el ejercicio de la acción derivada de ella); los gastos del contrato si los hubiese pagado el comprador (entre éstos se comprenden los de timbre, derechos reales é inscripción registral), y por último los daños é intereses y los gastos voluntarios ó de puro recreo ú ornato, si se vendió de mala fe. Bajo la palabra intereses entendemos comprendidos todos los que se hayan causado incluso los correspondientes á las cantidades pagadas por costas del pleito y gastos del contrato, siendo compensables con los frutos ó rendimientos de la cosa, cuando no hubiese condena de entrega, los relativos al precio satisfecho. Pagándose el precio de la cosa que tenía al tiempo de la evicción y, comprendiéndose en él los gastos voluntarios ó de puro recreo y ornato, dice Manresa que el comprador no tiene derecho á pedir por separado el importe de los mismos. Lo que el Código quiere decir, á nuestro ver, es que deben satisfacerse los gastos, no unicamente en lo que haya aumentado de valor la finca, sino en su propio valor, que puede ser mayor que el que resulte de ese modo, aumenten ó no aumenten el precio de la cosa.

Si el comprador perdiere por efecto de la evicción una parte de la cosa vendida, de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no la hubiera comprado, podrá exigir la rescisión del contrato, pero con la obligación de devolver la cosa sin mas gravámenes que los que tuviese al adquirirla. Esto mismo se observará cuando se vendiesen dos ó más cosas conjuntamente por un precio alzado ó particular para cada una de ellas, si constare que el comprador no habría comprado la una sin la otra. Así lo prescribe el art. 1.479 que tiene sus precedentes en la ley 38, tít. 1.º, lib. 21 del Digesto.

La acción rescisoria á que el precepto se refiere tiene por raiz la causa del contrato con respecto al comprador; éste se propuso adquirir la cosa totalizada y no con quebranto, lo cual es de su peculiar apreciación, y resolviéndose á rescindir el contrato por faltarle la parte de la cosa vendida debe devolver ésta sin otros gravámenes que los que tuviese al recibirla, nunca los impuestos por él, á menos de que previamente los cancele.

Esta disposición es también aplicable tratándose de la venta de dos ó mas cosas conjuntamente ó por un precio alzado, esto es, unidas por el lazo económico del valor en cambio, no asignado éste sin-

gularmente á cada una de ellas; pero se requiere, para que proceda la rescisión por parte del comprador, que conste claramente que éste no habría comprado una cosa sin la otra, circunstancia apreciable por el Tribunal A QUO y cuya rescisión impone que ese comprador devuelva la cosa salvada de la evicción, libre del gravamen que impusiera, no pudiendo tener otros que los que tenía al adquirirla.

El saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído sentencia firme por la que se condene al comprador á la pérdida de la cosa adquirida ó de parte de la misma. (art. 1.480). Presupone privación, por mandato de autoridad competente, de la cosa comprada, y mientras este hecho no ocurra, estando la cuestión SUB JUDICE ó antes de plantearse, se ignora si tal privación ocurrirá; eso no es óbice para que antes de recaer la sentencia firme, que es supuesto jurídico para la efectividad del saneamiento, pueda prepararse la acción de evicción.

Con efecto; prescribe el art. 1.481 que el vendedor estará obligado al saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción á instancia del comprador. Faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento. Constituye esto, pues, una preparación exigida para que el vendedor, notificado de la demanda, dentro del término que la ley de Enjuiciamiento civil señala para evacuar este traslado, pueda mostrarse parte en el pleito y aportar al mismo los elementos defensivos conducentes al éxito de la oposición. Esa notificación, que se hará como la ley establece para emplazar á los demandados, significa un verdadero emplazamiento, siendo aplicables á éste las reglas de esta actuación, quedando en suspenso el plazo para comparecer y contestar la demanda el comprador, interín no expiren los que para comparecer y contestar á aquélla se señalen al vendedor ó vendedores, que serán los mismos plazos determinados en la ley de Enjuiciamiento civil, contados desde la notificación. Si los citados de evicción no comparecieren en tiempo y forma, continuará respecto del comprador, el término para contestar la demanda.

Si el comprador vence, no cabe el saneamiento por la evicción; pero si aquél ha sufrido perjuicios imputables al vendedor, que dió lugar á que sufriese molestias y gastos, máxime si la sentencia absolutoria de la demanda se hubiese dado sin expresa condenación de costas, el que los haya causado debe indemnizarlos por causa de sus hechos, no por mérito de la evicción.

Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escri-

tura, con alguna carga ó servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, á no ser que prefiera la indemnización correspondiente. De manera que la aplicación de esta primera parte del art. 1.483 exige que en la escritura de venta no se haya mencionado la carga ó la servidumbre no aparente, porque, si esto resulta, el comprador no puede llamarse á engaño, pues *SCIENTI ET VOLLENTI NULLA FIT INJURIA*; pero, aún en el supuesto de que la escritura no exprese la carga ó servidumbre no aparente, ha de ser de tal naturaleza este gravamen para autorizar la rescisión del contrato ó la indemnización correspondiente, á voluntad del comprador, que, si lo hubiera conocido, no la habría adquirido por presunción *JURIS TANTUM*, que admite prueba en contrario. Este derecho facultativo en el comprador en forma de rescisión, ó de indemnización tiene su raíz en lo que para él fué la causa del contrato, esto es, adquirir la cosa libre de semejante carga ó servidumbre. Si ésta es aparente no tiene aplicación el art. 1.483, pues como dice la ley 73, tít. 1.º, lib. 18 del Digesto, *QUÆ APPARENT PALAM VENDITOREM NON OBLIGANT*. Ese derecho de rescisión no lo concede la legislación romana, sino la rebaja proporcional del precio, lo que se llama *QUANTI MINORIS*, cuando se descubre el gravamen de una pensión anual sobre una cosa comprada (leyes 61 tít. 1.º, lib. 21 del Digesto; 41, tít. 1.º, lib. 19 de íd. y 9, tít. 49, lib. 4.º del Código romano); pero cuando se descubre un defecto ó cualidad en la finca que la hacen inútil ó peligrosa, ese derecho autoriza la rescisión (leyes 49, tít. 1.º, lib. 21 del Digesto, y 4.ª, tít. 58, lib. 4.º de dicho Código.)

El Código español concede un año para ejercitar la acción rescisoria ó pedir la indemnización; si la primera no se ejercita, puede reclamarse la indemnización, no desde la fecha del contrato, sino á contar desde el día en que el comprador haya descubierto la carga ó servidumbre.

Prescriben la ley penúlt. *DE EVICT.* y la Ordenación 59 de Sanc-tacilia que las servidumbres de la finca enajenada no dan lugar á la indemnización por mérito de la evicción, aunque no se hubiesen mencionado á no ser que el enajenante hubiera dicho que la cosa no tenía gravamen alguno (castigo á la mala fe) ó que estando afecta á una servidumbre urbana oculta (el Código no distingue entre clases de fincas por su naturaleza) no la hubiese denunciado al adquirente. En estos casos el adquirente no tiene derecho á la rescisión del

contrato, sino á que el enajenante le indemnice el demérito de la finca, á juicio de peritos. El derecho de rescisión lo conceden las leyes 9.^a, 21, 36 y 63 Dig. DE ACT. EMPT. y tít. 49, lib. 4.^o del Código, cuando se enajena una cosa como libre si luego aparece que tiene sobre sí alguna carga, pudiendo además exigir el comprador que el enajenante le indemnice de los daños y perjuicios, ó si esto no le conviene, el saneamiento de la cosa.

El adquirente que ha sufrido la evicción tiene derecho á ser indemnizado por los aumentos que la cosa hubiese tenido, corriendo de su cargo la desmejora que hubiese sufrido (leyes 16, 66 y 70 Digesto DE EVICT.) Aún cuando se haya expresamente estipulado que el enajenante no debe estar sujeto á ninguna responsabilidad, ésta tendrá siempre efecto por los resultados de sus hechos personales (ley 68 Dig. DE CONTRACT. EMPT.).

Aun en el caso de mediar dicha estipulación, está obligado el enajenante á restituir, en caso de evicción, lo que recibió del adquirente, á menos que éste hubiese conocido el peligro de la evicción; ó haya comprado tomándolo enteramente de su cuenta (ley 11 Digesto DE ACT. EMP. ET. VEND.).

La responsabilidad por causa de evicción queda extinguida luego que haya cesado el peligro de que aquélla pueda tener lugar (ley 26 Cód. DE EVICT.). Así, cesará dicha responsabilidad, pereciendo la cosa enajenada (ley 21 Cód. ídem). Ni tampoco tendrá lugar aquélla cuando el enajenante hubiere adquirido el derecho de la persona que podía reclamar la cosa enajenada, en cuyo caso no podrá aquél usar de este derecho (ley 73 Dig. DE EVICT.; ley 46 Dig. DE ACT. EMPT.).

Del saneamiento por los defectos ó gravámenes ocultos de la cosa vendida

El que enajena por título oneroso está obligado á manifestar todos los vicios ó defectos de la cosa (leyes 29, 38 y 49 Dig. DE OEDIL. EDICT. y 4.^a Cód. OEDIL. ACT.), si no lo verifica y resulta que tiene un vicio que la haga inútil para su uso ó disminuya mucho su valor, podrá el adquirente instar la rescisión del contrato dentro de seis meses, pedir que el enajenante le devuelva lo que por ella hubiese entregado con la indemnización de perjuicios y pago de intereses si hubiese ignorado el defecto y no se hubiera conformado con

él, sin que influya la circunstancia, para que el adquirente utilice ese derecho, de que el enajenante tuviese ó no conocimiento del defecto (ley 1.^o Dig. OEDIL EDICT.; 13 Dig. DE ACT. EMPT. ET VENDIT. y 1.^o Cód. DE OEDIL ACT.). Si el vicio de la cosa causa solamente alguna desmejora, el adquirente solo tendrá derecho á reclamar dentro de un año la restitución de lo que valga aquélla de menos (leyes 35, 39 y 54 Dig. DE CONTR. EMPT y 12 Dig. OEDIL EDICT.)

En Roma solamente se concedía por el Derecho antiguo la acción redhibitoria en las ventas de animales; pero, evolucionando el Derecho por imperio de la equidad, hubo de concederse ese medio en las ventas de los inmuebles, y así, á través de la ley de Partidas, ha llegado esa doctrina al Código, prescribiendo en su art. 1.484 que el vendedor estará obligado al saneamiento por los vicios ocultos, no por los que se presentan á la vista, pues, conociéndolos el comprador, no puede llamarse á engaño, si la hacen impropia para el uso á que se destina (puede éste haberse expresado en el contrato, y en su defecto el que sea más conforme á la naturaleza de la misma ó en armonía con la clase de negocios ú operaciones á que se dedicaba el adquirente cuando contrató) ó si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido ó hubiera dado menos precio por ella. Esto supone, pues, un error, no esencial del contrato, motivo de invalidación respecto de la cosa objeto del mismo, sino de las cualidades de la misma, no apreciadas arbitrariamente y á medida del gusto del comprador, si que por razón del uso de la cosa que, por la existencia de esos vicios ocultos, ó bien no se la puede destinar á lo que exige su naturaleza, ó aún dándoles el uso adecuado disminuyen de tal modo este que, de conocerlos el comprador, no la hubiera adquirido.

El enajenante no responde de los defectos manifiestos ó que estén á la vista, porque entonces no puede alegar el comprador que sufrió ese error, como tampoco de los que se hallen ocultos, si éste es un perito que, por razón de su oficio ó profesión debe fácilmente conocerlos, pues aquél no puede aprovecharse de su supina ignorancia; de modo que, aun siendo perito, si el vicio no es de conocimiento fácil, tiene derecho al saneamiento, optando por lo que expresa el art. 1.486.

El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase; pero es de aquellos que sean anteriores á su entrega, esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario y en el supuesto de

que el vendedor ignorara (nunca en este caso, porque la ley no ampara la mala fe) los vicios ó defectos ocultos de lo vendido.

A base, pues, de ese saneamiento, puede optar el comprador entre desistir del contrato, esto es, su rescisión, abonándosele los gastos que pagó, ó rebajar una cantidad proporcional del precio (la llamada acción estimatoria) á juicio de peritos, claro está que designados por las partes de común acuerdo ó en la forma prevenida por la ley procesal. Si el vendedor conocía los vicios ó defectos ocultos y no los manifestó, el comprador, además de esa opción tiene derecho á que le indemnice de los daños y perjuicios si optare por la rescisión, no si prefriere la rebaja proporcional del precio, como se ha dicho. Esos daños y perjuicios serán, según el art. 1.107, todos los que conocidamente se deriven de no haber manifestado el vicio de que era sabedor el enajenante. A CONTRARIO SENSU, si el enajenante ignoraba los vicios de la cosa, queda libre de la indemnización de perjuicios, pero no en el caso de que la ignorancia sea voluntaria ó provenga de descuido del mismo (ley 45 Dig. DE CONTR. EMPT. y 13 Dig. DE ACT. EMPT. ET VENDIT.)

Esto último es lo que prescribe el art. 1.487, que solo impone al vendedor la obligación de restituir el precio y de abonar los gastos del contrato, y no la indemnización de perjuicios, si ignoraba los vicios de la cosa; constándole éstos, y en castigo á su mala fe, queda incurso en aquella responsabilidad.

En el supuesto preciso de que la cosa tenga vicio oculto al tiempo de ser vendida, si se pierde después por caso fortuito ó por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse (artículo 1.488); de modo que la diferencia entre el precio pagado y el valor que tenía la cosa constituye la medida del perjuicio sufrido por el comprador, sin que en este caso exija el Código la tasación pericial, pero tampoco la prohíbe. No porque el comprador haya sido culposo, deja de tener derecho á esa rebaja del valor, porque hay de por medio el vicio de la cosa, existente antes del contrato y cuya circunstancia modifica lo que para él fué causa del mismo, pues se proponía adquirir la que carecía de defectos ocultos, nunca la que no le sirviese.

En las ventas judiciales nunca habrá lugar á la responsabilidad por daños y perjuicios, pero sí á la exigida por las acciones redhibitoria y estimatoria; mas tanto aquélla como ésta, que emanan de lo dispuesto en los arts. 1.485 al 1.489, ambos inclusive, prescriben á

los seis meses contados desde la entrega de la cosa vendida. El Código se ha separado, un tanto en esto, de lo dispuesto en la ley 2.ª, tít. 58, lib. 4.º del Código romano; y leyes 19, 28 y 38, tít. 1.º, lib. 21 del Digesto, que fijaron, como duración, seis meses para la redhibitoria y dos en muy limitados casos, mientras que el plazo de la QUANTI MINORIS era, de ordinario, un año, reducido en algunos casos á seis meses.

Vendiéndose dos ó más animales conjuntamente, sea en un precio alzado, sea señalándolo cada uno de ellos, el vicio redhibitorio de cada uno dará solamente lugar á su redhibición y no á la de los otros, á no ser que aparezca que el comprador no habría comprado el sano ó sanos sin el vicioso. Se presume esto último cuando se compra un tiro (yunta) pareja ó juego, aunque se haya señalado un precio á cada uno de los animales que lo componen. Todo esto se entiende también aplicable á la venta de otras cosas.

Lo dispuesto en los arts. 1.491 y 1.492, parejas de las leyes 34, 36 y 38, tít. 1.º, lib. 21 del Digesto (lo establecido en el 1.492 tiene alguna analogía con la ley 61 tít. 1.º lib. 21 del Digesto), se funda en que la acción redhibitoria debe tener un uso limitado, y afectando el vicio á uno de dos ó mas animales, ú otras cosas, no debe devolverse el que esté sano aún cuando la compra se haya hecho por un precio alzado, á no ser que aparezca que el comprador no habría adquirido el sano ó sanos sin el vicioso, lo cual á él le incumbe demostrar, no cuando se compra un tiro, yunta, pareja ó juego, aunque se haya señalado un precio separado á cada uno de los animales que lo componen, en cuyo caso se presume que el comprador no hubiera adquirido el vicioso, pues la compra se hizo UT PLERUMQUE, por consideración á ciertas circunstancias comunes á los animales vendidos, como la alzada, color, pelo, estampa, marcha, etcétera, ó tratándose de otras cosas, por razón de circunstancias ó cualidades que las hermanan, si cabe la palabra. Claro está que la presunción á que el Código se refiere es de las que admiten prueba en contrario.

El saneamiento de los vicios ocultos de los animales y ganados no tendrá lugar en las ventas hechas en ferias ó en pública subasta, ni en la de caballerías enajenadas como de deshecho, salvo, tratándose de ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas, en cuyo caso el contrato que se hiciera respecto de ellos será nulo, como lo es también el de la venta de ganados y animales si, expresándose en aquél el servicio ó uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo.

El art. 1.493 es análogo á las leyes 13 y 15, tít. 1.º, lib. XVIII. y el 1.494 tiene por precedentes las leyes 1.ª y 12, tít. 1.º, lib. 21 idem. La excepción de ese saneamiento fúndase en la forma pública de esas ventas y en evitar reclamaciones que harían sumamente difíciles tales clases de transacciones. Si el animal padece enfermedad contagiosa, sobre constituir un peligro, el comprador se halla legalmente imposibilitado de servirse de él, y faltando la causa del contrato, éste no puede producir efectos: es nulo, lo mismo que tratándose de venta de ganados y animales, si se hubiese expresado el servicio ó uso para que se adquieren. Resultando inútiles para prestarlo, falta el supuesto de utilidad en que estableció el comprador su consentimiento; pero á él le incumbe probar esas circunstancias.

Cuando el vicio oculto de los animales, aunque se haya practicado reconocimiento facultativo, sea de tal naturaleza que no basten los conocimientos periciales para su descubrimiento, se reputará redhibitorio. Pero si el profesor, por ignorancia ó mala fe, dejara de descubrirlo ó de manifestarlo, será responsable de los daños y perjuicios. Vicios redhibitorios, según el § 2.º del art. 1.496, son los determinados por la ley ó por los usos locales, y también tienen este carácter aquellos en que no bastan los conocimientos periciales para su descubrimiento; decimos esto, armonizando el párrafo 2.º de dicho art. 1.496 con el 1.495 que, al parecer, son antagónicos.

La acción redhibitoria que se funda en los vicios ó defectos de los animales debe interponerse dentro de cuarenta días contados desde el de su entrega al comprador, salvo que por el uso en cada localidad se hallen establecidos mayores ó menores plazos.

Si el animal muriese á los tres días de comprado, será responsable el vendedor, siempre que la enfermedad que ocasionó la venta existiera antes del contrato, á juicio de los facultativos. En vez de decir «á los tres días» debió escribirse el art. 1.497 diciendo «dentro de los tres días», pero, con buen criterio, esto último se sobreentiende, porque, de otro modo, esa acción sería de plazo indefinido.

Resuelta la venta, el animal deberá ser devuelto en el estado en que fué vendido y entregado, siendo responsable el comprador de cualquier deterioro debido á su negligencia y que no proceda del vicio ó defecto redhibitorio: art. 1.498 que guarda alguna analogía con las leyes 23, 25, 33 y 43 Dig. OEDIL EDICT.; éstas, no circunscribiéndose á la venta de animales, sino que á toda clase de cosas, prescriben que, rescindida la enajenación por la acción redhibitoria, debe restituir el adquirente la cosa enajenada con todas sus acce-

siones y aumentos reintegrando los deterioros que hubiese sufrido estando en su poder por dolo ó culpa del mismo, de su procurador ó familia, librándolo de los gravámenes que en ella hubiese impuesto.

En las ventas de animales y ganados con vicios redhibitorios, puede elegir el comprador entre ejercitar la acción redhibitoria ó la QUANTI MINORIS, dentro del plazo marcado en los usos locales, y en defecto, en los cuarenta días (arts. 1.499 en relación con el 1.486).

De las obligaciones del comprador

Viene obligado á pagar el precio en el tiempo y lugar fijados por el contrato y, en defecto de éstos, en el que se haga la entrega de la cosa vendida. Así lo prescribe el art. 1.500 que corresponde á las leyes 11 y 13 Dig. DE ACT. EMPT., añadiendo las leyes 13 Dig. ídem y 5.^a Cód., que no habiendo término fijado para el pago, el comprador deberá verificarlo al recibir la cosa y desde entonces queda obligado á pagar los intereses del precio no satisfecho. Respecto al pago de intereses el Código se ha separado un tanto del Derecho romano, prescribiendo, en el art. 1.501, que el comprador debe satisfacerlos por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, en estos tres casos: si así se hubiere convenido; si la cosa vendida y entregada produce fruto ó renta y si se hubiere constituido en mora con arreglo al art. 1.100.

Expresándose en el contrato el lugar donde deba entregarse la cosa, á éste hay que atenerse; en otro caso y aplicando el art. 1.171, debe distinguirse si aquélla es determinada ó indeterminada; en el primero de estos casos, el lugar del pago ó entrega es donde la cosa existía en el momento de celebrarse el contrato, y en el segundo, ese lugar será el del domicilio del deudor. Entregada la cosa, y puesto que la compraventa es un contrato de reciprocidad, en el lugar donde aquella se verifica debe satisfacerse el precio, pues la entrega de éste y la de aquélla son actos coetáneos, salvo siempre estipulación en contrario. Tratándose de entregas parciales de una cosa que sucesivamente se hagan, debe estarse á la índole de las convenciones, para deducir de ellas la intención de los contratantes, lo mismo respecto al lugar, que al tiempo en que debe hacerse la entrega del precio.

Es muy copiosa la jurisprudencia recaída en este punto y, entre muchas de las sentencias, podemos citar las siguientes: Debe cono-

cer de la demanda en que se reclame el precio de un semoviente el Juez del lugar en que fué vendido y en cuyo punto, según declaración de testigos, había de ser entregado (Sent. 28 de Abril de 1906). Cuando en el contrato de compraventa no se ha fijado lugar para el pago del precio, debe hacerse en el que se haga la entrega de la misma; y se reputa ésta entregada en el domicilio del vendedor, cuando el género se haya remitido al del comprador de cuenta y riesgo de éste (Sent. 20 de Diciembre de 1909), doctrina repetida en la del 22 del mismo mes y año. En la venta cuya factura expresa que se verificó con la cláusula de que se hacía sobre vagón y viaje por ferrocarril por cuenta del comitente, que todo comprador quedaba sujeto á la jurisdicción legal del vendedor, el Juez del domicilio de éste es el competente para conocer del cumplimiento de la obligación de pago del precio (Sent. 17 de Febrero de 1911) que reproduce la doctrina contenida en la de 6 de Agosto de 1910, 11 de Julio de 1902 y, 28 de Enero de 1903, 18 de Julio de 1907 y 4 y 18 de Mayo de 1909; pero téngase presente que, según la de 29 de Enero de 1907, se requiere, cuando el comprador niega la existencia de la obligación, que exista un principio de prueba del que pueda deducirse que tuvo intervención en el contrato de compraventa, para que pueda exigirse el precio en el lugar del vendedor donde se hizo la entrega, pues, de lo contrario, no es de aplicación el art. 1.500 del Código civil, y es Juez competente el del domicilio del demandado. En los contratos de compraventa de géneros al fiado se reputa lugar del cumplimiento de la obligación de pago de los mismos el designado en la factura que se expide por el vendedor al remitirlos al comprador (sentencia de 31 de Enero de 1910).

Comparando el art. 1.501 con las citadas leyes romanas en punto al devengo de intereses del precio, resulta que, según éstas deben satisfacerse por el comprador desde el momento en que recibió la cosa vendida, en tanto que el Código no se produce tan en absoluto, pues unicamente impone esa responsabilidad si así se hubiese convenido ó si la cosa vendida, y á base de que haya sido entregada, produce fruto ó renta para que, de esta suerte, se compensen las utilidades entre los contratantes, ó si el deudor se hubiese constituido en mora con arreglo al art. 1.100. La última parte de este artículo encaja en el caso de la venta en que, entregada la cosa, el deudor no satisface el precio, surgiendo en este caso la mora y con ella la responsabilidad por intereses, puesto que se trata de obligaciones recíprocas como las impuestas por la compraventa; pero no ha podi-

do ser éste el pensamiento del legislador; al aludir á la doctrina de la mora ha querido referirse, no á la del art. 1.100, sino á aquella otra que legalmente nace á consecuencia de la reclamación del acreedor, en el supuesto de que la cosa no produzca fruto ó renta, pues, produciéndolo, esta circunstancia hace que se devenguen intereses del precio.

Si el comprador fuese perturbado en la posesión ó dominio de la cosa adquirida ó tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria ó hipotecaria (ha de ser precisamente por esto y no por otra causa, y así se declaró en Sent. de 20 de Diciembre de 1898) podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación ó el peligro, á no ser que afiance la devolución del precio en su caso, ó se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado á verificar el pago. Esto último da al contrato celebrado en esa forma, carácter de aleatoriedad, es decir, á riesgo y ventura, que es perfectamente lícito; faltando semejante estipulación, al comprador le conviene asegurar la devolución del precio, por si prosperan aquellas acciones especificadas en el art. 1.502, suspendiendo el pago mientras dure la perturbación ó el peligro, á menos de que el vendedor afiance la devolución de aquél, en el supuesto de que haya sido pagado. Estándolo, no cabe aplicar el art. 1.502, sino el recurso de evicción, toda vez que, con la entrega del precio, se consumó la venta.

Precedentes de ese artículo los encontramos en la ley 18, tít. 6.º lib. 18 del Digesto. En cambio, la ley 14, tít. 44 y la 8.ª, tít. 48, lib. 4.º del Código romano no concedieron al vendedor el derecho que le atribuye el art. 1.503, de promover inmediatamente la resolución de la venta, si tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio.

Así, pues, colocado el comprador en estado de insolvencia, temiéndose que no pagará el precio, si á pesar de esto transforma la cosa causándole daños, con derribos, talas, etc., no es justo que el vendedor impasiblemente lo vea, sin tomar providencias en su interés, y por esto, habiendo fundado motivo para temer la pérdida del inmueble y el precio no satisfecho, puede pedir la resolución de la venta. Si el motivo, habiéndolo, no es fundado ó poderoso, el derecho de ese vendedor es el consagrado en el art. 1.124.

En la venta de bienes inmuebles, aún cuando se hubiera estipulado que, por falta de pago del precio en el tiempo convenido, tendrá

lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aún después de expirado el término, interín no haya sido requerido judicialmente ó por acta notarial. Hecho el requerimiento, el juez no podrá concederle un nuevo plazo.

La estipulación á que se refiere el art. 1.504 es el pacto comisorio regulado por las leyes del tít. 3.º, líb. 18 del Digesto, prescriptivas de que se resuelve la venta, *ipso jure*, por no pagar el precio en el plazo convenido, quedando el vendedor en libertad de exigir, á su elección, el pago de éste ó la devolución de la cosa vendida.

Ese pacto entraña una condición resolutoria; es sumamente duro, y por esto, aunque se establezca, el Código, separándose del Derecho romano y de la ley 38, tít. 5, Part. 5.ª, establece, parecidamente á lo que prescribe tratándose del comiso en la enfiteusis, que el comprador podrá pagar, aún después de expirado el término fijado en el contrato, interín no haya sido requerido judicialmente ó por acta notarial. Llenado este requisito, se cumple la condición resolutoria, en cuyo caso, inscrita la finca en el Registro de la propiedad, se ha de otorgar la escritura á favor del vendedor, puesto que exige nueva inscripción á su favor, y, de no verificarse este traslado voluntariamente, tendrá que hacerse por virtud de sentencia, sin que en el pleito ni fuera de él pueda el Juez concederle nuevo término al comprador, de tal modo requerido para que verifique el pago. Entendemos que no es válido el pacto por el cual el vendedor renuncia á que se le haga ese requerimiento, porque el art. 1.504 es de carácter prohibitivo del pacto comisorio, en absoluto, ó de resolución del contrato, de pleno derecho, siendo de significar que puede el comprador optar entre la restitución de la cosa ó que se le pague el precio; ambas cosas no puede hacer á la vez; el ejercicio de una acción no implica la renuncia de la otra, que puede ejercitarse después de la primera, si no hubiera dado resultado; al opinar así nos fundamos no solo en la naturaleza de las mismas, si que en el art. 1.124.

Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado á recibirla, ó, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación. Esta resolución se funda en la oscilación de los precios, tratándose de cosas muebles, que es mucho mayor y más frecuente que en los inmuebles. No presentándose el comprador

á recibir la cosa dentro del término señalado para ello, ó presentándose, si no satisface el precio, puede el vendedor optar entre considerar resuelto el contrato, de pleno derecho y sin acudir á los Tribunales, ó que se le pague el precio.

Son de citar las leyes 4.^a, 5.^a y 6.^a Dig. DE LEG. COM. prescriptivas de que, rescindida la venta en virtud del pacto comisorio, recobrará el vendedor los frutos y utilidades que hubiese percibido el comprador, el cual perderá las arras que hubiese dado, pero no lo entregado á cuenta del precio, que deberá devolverlo el vendedor si reclamase los frutos, siendo de consignar que según las leyes 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a y 7.^a Dig. íd., puede la compraventa contratarse con el pacto comisorio de que no pagando el comprador la totalidad del precio dentro de un plazo determinado, se tendrá por no hecha la venta, ó será rescindida. En el primer caso se entenderá celebrado el contrato mediante una condición suspensiva. En el segundo, aún después de pasado el plazo, tendrá derecho el vendedor á instar el cumplimiento del contrato, ó su rescisión, pero deberá manifestar cuál de estos extremos elige.

Fijándose plazo cierto para el pago del precio, una vez cumplido, produce sus efectos el pacto comisorio, sin necesidad de interposición al comprador por parte del vendedor (leyes 4.^a Dig. DE LEG. COM. y 12 Cód. DE CONTR. EMPT.) Queda sin efecto ese pacto si el comprador no ha podido satisfacer el precio dentro del plazo por culpa del vendedor ó por haberle sido embargada la cantidad (leyes 8.^a íd y 10 DE RESC. VEND.), ó por no hallarse presente el vendedor hubiese aquél depositado el precio (ley 4.^a citada). Todas estas prescripciones tienden á suavizar la dureza de esa estipulación.

Mejora de la venta ó pacto de adición «in diem»

Consiste en que se tendrá por no hecha aquélla si dentro de un plazo determinado ofrece otro comprador mejores condiciones por la cosa (leyes 2.^a y 4.^a Dig. DE IN DIEM ACT.) Hay mejora, no solo cuando se ha ofrecido aumento de precio ó eximido de alguna obligación al vendedor, sino también si la paga es más pronta y segura (leyes 4.^a y 5.^o íd). Si se ha pactado que la venta se tenga por hecha luego de haberse ofrecido la mejora, se entenderá contraída bajo condición resolutoria (leyes 2.^a y 4.^a íd.), Pactándose que en este caso será rescindible, es potestativo en el vendedor disolverla, no que-

dando desobligado el comprador por la sola oferta de mejora, si no se hubiese pactado expresamente lo contrario (leyes 2.^a 3.^a 4.^a y 9.^a Dig.) El vendedor, antes de admitir la mejora, deberá manifestarlo al primer comprador por si quiere igualarla; ofreciendo éste las mismas mejorías, deberá otorgarse á su favor la nueva venta, prefiriéndolo á cualquier otro (leyes 6.^a, 7.^a y 8.^a Dig.) En caso contrario podrá el vendedor verificar la venta á favor del que hubiese ofrecido la mejora. Aceptada ésta, quedará libre de toda obligación el comprador primitivo aún en el caso de insolvencia ó incapacidad del que la hubiese ofrecido; pero en estos casos le quedará al vendedor el derecho de reclamar los daños y perjuicios contra el comprador que, con dolo ó mala fe, hubiese dado lugar al segundo contrato (ley 14 *idem*.)

El derecho del primer comprador quedará subsistente á pesar de la adjudicación á favor de un segundo comprador: 1.^o Si la segunda venta es nula (Dig. DE IN DIEM AD.) 2.^o Si es simulada, ya en todo, ya en parte del precio. En este último caso el segundo comprador tendrá derecho á la enmienda de los daños y perjuicios, á menos que hubiese sido cómplice en la simulación (ley 14 *íd.*)

En la venta de una cosa común hecha por todos los dueños á favor de una misma persona bajo el pacto de rescisión en caso de mejora, si se ha hecho á precios iguales por cada una de las partes tendrá lugar la rescisión de la primera venta en su totalidad, si la mayoría de los condueños ha aceptado la mejora (ley 13 *íd.*) Pero si la venta de cada una de las partes se ha hecho á precios desiguales, solo se entenderá rescindida aquélla en cuanto á los dueños que aceptaren la mejora, á menos que el primer comprador hubiese puesto el pacto de que no quería tener por comprada una parte sin las otras (leyes 11 y 13 *íd.*)

De la transmisión de créditos

Trae su origen de la transformación progresiva de un instituto jurídico: la PROCURATIO IN REM SUAM. Según el Derecho romano antiguo, los créditos no podían cederse, pues solo representaban una relación entre el deudor y el acreedor, no transmisibles por actos *in*ter vivos; pero una vez establecido el procedimiento formulario, admitiose que el crédito pudiera ser exigido judicialmente por medio de un procurador; en esto consistió la manera rebuscada de

poderse verificar lo que el Derecho no permitía, pues semejante procurador era realmente el cesionario del crédito, aunque en juicio representara á su cedente; y como dicha representación llevara aparejado el deber de rendir cuentas, hubo de eximirse de esta obligación á tal representante, á quien se le permitía guardarse para él lo que cobrara del deudor. Tenía esto el inconveniente de que, por muerte del acreedor, terminaba, *IPSO FACTO*, el mandato, en cuyo caso ese procurador no podía seguir en la gestión del asunto, y para ocurrir á tal dificultad, se dispuso que, por fallecimiento de aquél, podía seguir el procurador el negocio empezado, por medio de una acción útil. Todos estos medios arbitrarios, propios de semejante ficción, duraron hasta que se dió una constitución imperial, atribuída á Gordiano, por virtud de la cual podía cederse el crédito, mediante notificación al deudor ó por reconocimiento que éste hiciera aceptando al cesionario como tal acreedor.

Pueden venderse todos los derechos personales ya sean puros, ya dependientes de condición ó plazo, sin necesidad del consentimiento del deudor, y aunque éste lo resista. Sin embargo está prohibida la enajenación del derecho de perseguir la injuria ó daño recibido (leyes 7.^a y 19 Dig. DE HAERED. VEL. VEND.; ley 2.^a tít. 9.^o, lib. 2.^o, vol. 1.^o de las Const. de Cat.)

El Código también admite la venta ó cesión de créditos, derechos y acciones; constituye un verdadero contrato de compraventa, por cuyos principios generales se rige, siéndole aplicables las disposiciones especiales contenidas en el cap. 7.^o, lib. 4.^o, de aquel cuerpo legal.

Confúndense, á menudo, la renuncia, la delegación y la cesión de derechos, no obstante las diferencias que las separan, pues, como dice el Sr. Sánchez Román, la renuncia significa dejación ó abandono de un derecho por quien lo tenía, sin atender á su adquisición por otro, bastando para hacerla la voluntad del renunciante; la delegación y la cesión representan materia opuesta: la primera se refiere á la sustitución del deudor primitivo por otro, mientras que la segunda constituye el cambio de acreedor. También se confunde la cesión con el mandato, en cuyo error incurrieron los romanos, como se ha dicho, siendo así que tienen distinta naturaleza, pues por aquél se atribuye solo la representación del acreedor, mientras que por la segunda se transmiten al cesionario los derechos y acciones del cedente, en cuyo lugar se coloca.

Y puesto que la cesión equivale á la venta, tiene, como ésta, sus

periodos de perfección y de consumación, constituidos: el primero, por el acuerdo de voluntades, esto es, por el consentimiento de los contratantes en la cosa, que es el crédito, y en el precio del mismo; y el segundo, por la entrega ó cuasi-tradición fingida de lo que es objeto del contrato, siendo aplicable, á este respecto, el artículo 1.464 en relación con el 1.462, según cuyos textos, tratándose de bienes incorporeales, se entienden entregados desde que se otorga la escritura pública, á no ser que de la misma resultare ó se dedujere claramente lo contrario, y no mediando escritura, desde que se pongan en poder del comprador los títulos de pertenencia ó desde que éste comience á hacer uso de su derecho consintiéndolo el comprador. Ese art. 1.462 rige en Cataluña (Sent. 5 Enero de 1899).

El Código español, separándose del de Napoleón y del italiano, que consideran transmitida la propiedad de las cosas ó derechos por el solo consentimiento, exige la tradición ó cuasi-tradición como periodo consumatorio del contrato; pero, además, la cesión de un crédito derecho ó acción, no surtirá efecto contra tercero, sino después que su fecha deba tenerse por cierta, en conformidad á los arts. 1.218 y 1.217, y si se refiere á un inmueble ese crédito, derecho ó acción, desde la fecha en que esa cesión se inscriba en el Registro, habiéndose escrito el art. 1.526 para garantir el interés de los terceros, esto es, de aquellos que no hayan intervenido en la cesión, y el 1.527, para que no sufra perjuicio el deudor que, ignorando tal cesión, hubiese pagado al acreedor, pues si no tiene conocimiento de ella, queda libre de la obligación.

Resultado de ello es que la cesión verbal no puede surtir efecto contra tercero; debe hacerse constar en documento público ó privado, y no se considera como fecha de este último la que lleve, sino la que corresponda según el art. 1.227, escrito para evitar fraudes; pero tratándose de cesiones de bienes inmuebles, produce efectos contra tercero desde la fecha de su inscripción en el Registro, por constituir esto la promulgación del derecho inscrito. La cesión del crédito hipotecario tiene que ajustarse á lo dispuesto en los artículos 150, 151 y 152 de la ley Hipotecaria y 108 del Reglamento para su ejecución, de lo cual nos hemos ocupado en nuestra obra «Derecho hipotecario y notarial.»

La notificación al deudor es requisito necesario, menos en las excepciones que el Derecho hipotecario señala, para que la cesión alcance la plenitud de sus efectos. Si se omite, no por esto deja de existir, pero solo perjudica á las partes contratantes y á sus herede-

ros, y no al deudor que la ignora, notificación que debe hacer el cesionario, manifestando el título por virtud del cual ha obtenido el crédito, porque pudiera ser una superchería, sin que el Código exprese la forma en que debe verificarse aquélla (la ley hipotecaria si lo determina); pero como se trata de un hecho, su apreciación queda confiada al Tribunal Á QUO.

Si el deudor paga al cedente, ignorando la cesión, queda libre de la obligación, pudiendo el cesionario repetir contra aquél, ejercitando las acciones civiles y penales; pero nunca contra el deudor, porque, debiéndole notificar, si no lo ha hecho, cábele el SIBI IMPUTET. Pero si el deudor tenía conocimiento de la cesión, aún cuando no se la hubiese notificado, debe pagar al cesionario y no al cedente; no otra cosa se desprende de los términos generales en que se halla redactado el art. 1.527, escrito para amparar la buena fe, y no para dar ocasión al fraude; pero ese conocimiento lo ha de probar aquel á quien interese.

Omitida la notificación, los acreedores del cedente pueden dirigirse contra el deudor para todo aquello que exija la conservación de sus derechos, facultados como están para perseguir los derechos de aquél. Por la notificación se revela al deudor el carácter de cesionario con el cual se debe entender, y no antes. Siguiendo el sentir de Manresa, opinamos que, cedido un crédito á dos ó más personas, tiene preferencia el que primero haya hecho notificar al deudor la cesión, pues esta formalidad, mejor, requisito, completa el periodo de consumación, en el supuesto de que ese cesionario ignorase la cesión anterior á la suya, porque, en otro caso, su título es vicioso; sería un adquirente de mala fe; así lo entendemos.

La venta ó cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda ó privilegio. Precedentes del art. 1.528, los encontramos en las leyes 6.^a, tít. 4.^o, libro 18 del Digesto. No puede comprender la cesión los derechos meramente personales del cedente, pues esto equivaldría á perpetuar los privilegios, que fueron rechazados con el nombre de *privilegios causa* por las leyes 42. tít. 7.^o, lib. 26 Dig., 68 y 96 Dig. DE REG. JUR., PRIVILEGIUM PUPILLI NON HABEBIT: QUOD NEC HEREDI PUPILLI DATUR, NON ENIM CAUSÆ SED PERSONÆ SUCCURRITUR. De manera que la cesión no comprende lo que sea accesorio al acreedor cedente; esto es lo que los romanistas llaman PRIVILEGIA REI VEL CAUSÆ INHERENTIA.

No se encuentran en este caso la fianza, hipoteca, prenda ó pri-

vilegio, á base de que éste último no sea de causa, ó personal; pero sí el real, como el inherente al crédito, por ejemplo, su clase, título de constitución que lleve aparejada ejecución, antigüedad, etc.

Como quiera que los intereses vencidos, constituyen frutos civiles, corresponden al cedente, y en el supuesto de que no hayan vencido todos y éste los hubiese cobrado anticipadamente, son objeto de prorrateo para que el cesionario haga suyos los devengados desde la fecha de la cesión, reintegrándoselos al efecto.

Mantienen relación con lo dispuesto en el art. 1.528 las leyes 6.^a, 14 y 23 Dig. De íd. de que el comprador de un crédito tiene derecho á exigir del vendedor la cesión de todas las acciones que por razón del mismo lo competan contra los fiadores ó hipotecantes, y estatuye la ley 23 íd. que el vendedor está asimismo obligado á entregar al comprador todo lo que del crédito hubiese percibido, bien sea en virtud de pago ó por vía de compensación.

Prescribe el art. 1.529 que el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, á no ser que se haya vendido como dudoso, pero no de la solvencia del deudor, á menos de haberse estipulado expresamente ó de que la insolvencia fuese anterior y pública. Aún en estos casos solo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el núm. 1 del art. 1.518. El vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios. Encontramos precedentes de este artículo en las leyes 4.^a, tít. 4.^o, lib. 18; 74, tít. 2.^o, lib. 21; 10 y 11, tít. 4.^o, lib. 18 del Digesto.

La cesión de créditos, derechos y acciones del orden patrimonial, pues los de otra naturaleza son intransferibles, presenta carácter aleatorio; su efectividad depende de la solvencia del deudor; pero el vendedor responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, á no ser que se haya vendido como dudoso. Si ha obrado de buena fe, no responde de la solvencia del deudor, á menos de haberse estipulado expresamente ó de que la insolvencia fuese anterior y pública. Habiendo pacto en contrario, á él deben ajustarse las partes.

La palabra «existencia» significa que el cedente tenía el crédito en el momento de transmitirlo; pero no basta que exista, es preciso que, además, sea legítimo, esto es, que ese acreedor tenga derecho al crédito. Si en la venta no se dice que es dudoso, el cedente responde del mismo, y no en caso contrario, porque conociendo esa circunstancia el cesionario, ya sabe que se expone á no cobrarlo. Si el

cedente sabe que el crédito se halla extinguido, responde del mismo para con el cesionario, porque ya no se trata de lo dudoso, sino de lo que carece de existencia legal; obra de mala fe, como, por ejemplo, si transmite un crédito prescrito ó pagado. Vendido un crédito, no expresándose en el contrato la circunstancia de ser dudoso, se presume que á aquél no le ofrecía duda su existencia y legitimidad. Creemos que puede cederse el crédito anulable, pero si llega á declararse la nulidad, sus efectos trascienden á la cesión, debiendo el cedente indemnizar al cesionario; si el crédito se halla sujeto á una condición resolutoria, dependiente de la voluntad del cedente, no le es lícito á éste hacer que la condición se cumpla, para que no sea decapitado el derecho por él transmitido, tanto mas cuanto que esa cesión implica la renuncia por su parte de facultades incompatibles con la existencia y efectividad de aquél.

El cedente ó vendedor de mala fe no solo responde del precio recibido y de los gastos expresados en el núm. 1.º del art. 1.518, sino de todos los gastos y de los daños y perjuicios; ese cedente es un verdadero deudor doloso, y por eso contrae mayores responsabilidades que el que hubiese procedido de buena fe; es doloso aquél que no tiene crédito ó que, teniéndolo, no es legítimo, ó que, siendo realmente acreedor, sabe que el deudor es insolvente ó que la insolvencia fué anterior á la cesión y pública, porque es de suponer que, siendo conocida de todos, él no la ignoraba.

Lo mismo si el cedente es de buena que de mala fe, al reintegrar el precio de la cesión al cesionario, y en el supuesto de que se haya perdido, debe satisfacer los intereses del mismo.

Cuando el cedente de buena fe se hubiera hecho responsable de la solvencia del deudor y los contratantes no hubieran estipulado nada sobre la duración de la responsabilidad, no puede quedar ésta indefinida, y por ello dura solo un año contado desde la cesión del crédito, si estaba ya vencido el plazo, tiempo suficiente para que el cesionario deduzca su reclamación; pero si el crédito fuese pagadero en término ó plazo no vencido, la responsabilidad del cedente, por insolvencia del deudor, cesa un año después del vencimiento; y si el crédito consistiere en una renta perpetua, esa responsabilidad se extinguirá á los diez años, contados desde la fecha de la cesión. El art. 1.530, cuyas son las reglas anteriores, desarrolla el primer párrafo del 1.529 y se refiere al caso de que el vendedor sea de buena fe y que responda de la solvencia del deudor por estipulación expresa; pero no cuando sea de mala fe, procediendo entonces suplir el

vacío del Código por los principios generales del Derecho y por las reglas ordinarias de la prescripción. A ese art. 1.539 en todas sus partes, puesto que constituye una excepción del 1.529, se le debe dar interpretación restrictiva, supliendo sus omisiones por las normas generales del Derecho.

La ley 4.^o Dig. DE HAERED. hace responsable al vendedor de la existencia del crédito (el Código añade «y de la legitimidad»), no de que sea solvente el deudor, á menos de que en ello hubiese procedido con dolo, y añade la ley 5.^a íd. que, en caso de existencia del crédito, el vendedor deberá satisfacer al comprador la cantidad cuyo importe se hubiera expresado y que, siendo incierta, debe reintegrarle de los daños y perjuicios.

Comparando el Derecho romano con el Código, vemos que sus disposiciones no se contradicen, antes se hallan concordantes; es más, dicho cuerpo legal llena los vacíos de la legislación romana.

Venta de herencia

Constituye ésta la universalidad de bienes, derechos y acciones dejados al morir una persona. Si no se enumeran las cosas de que se compone aquélla, el vendedor ó cedente solo está obligado á responder de su cualidad de heredero; pero no puede hacerse sino después de la apertura de la sucesión, siendo nula la de herencia futura. La existencia de ésta es requisito necesario de la venta, según disponen las leyes 7 y 11 Dig. DE HAERED., las cuales, añaden, cosa autorizada por el Código, que también es válido el contrato, si, siendo dudosa la herencia, se expresa al celebrarse éste que se vende la esperanza.

Hemos dicho que el vendedor solo responde la cualidad de heredero. Más que venta de herencia es cesión de derecho hereditario, que tiene carácter de real, é inscribible en el Registro si comprende bienes inmuebles ó derechos impuestos sobre los mismos. Si la venta se hace alzadamente ó en globo, comprendiendo la totalidad de ciertos derechos, ventas ó productos, cumplirá el cedente con responder de la legitimidad del todo en general, pero no queda tenido al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de evicción del todo ó de la mayor parte.

Los arts. 1.531 y 1.532 presentan situaciones distintas: el primero se refiere á la venta del derecho hereditario; en ella el cedente

ó vendedor no responde mas que de su cualidad de heredero, en tanto que el segundo se refiere, con menos extensión que aquél, á la venta de la totalidad de ciertos derechos, rentas ó productos (el adjetivo «ciertos» es determinativo de lo que comprende el contrato), y solo cuando éste se haya hecho alzadamente ó en globo es cuando el cedente responde, además de su cualidad de heredero, de la legitimidad del todo en general, pero no del saneamiento de cada una de las partes de que se componga ese todo, salvo el caso de evicción de éste ó de su mayor parte.

Como quiera que en la universalidad herencia no solo se comprenden los bienes derechos y acciones de *cuius*, si que también sus obligaciones, su venta tiene carácter aleatorio ó problemático, porque puede resultar, al liquidarse aquélla, que el cedente salga perjudicado por tener que pagar á los acreedores, y, entre éstos, al vendedor, de lo que hubiese satisfecho por las deudas y cargas inherentes á la sucesión y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario. Y ya que ese vendedor goza de tales beneficios, expresados en el art. 1.534, debe abonar al comprador, á falta de pacto en contrario, los frutos ó las cosas que hubiere percibido de la herencia cedida.

El Derecho romano presenta tres situaciones en orden á este contrato, cuyas reglas difieren un tanto de las establecidas en el Código, á saber: si no existe la herencia, la venta es nula, y el vendedor deberá restituir el precio al comprador (leyes 8 y 16 Dig. DE HACRED.); si, existiendo herencia, el vendedor no es dueño de ella, debe satisfacer al comprador su estimación, con más lo que éste hubiese gastado en ella (leyes 8.^a y 16 íd.); si aquél solo ha vendido los derechos que tuviere sobre una herencia, es válido el contrato y no tendrá ninguna responsabilidad aunque resulte no corresponderle derecho alguno (esto significa que su derecho es dudoso), pero cree tenerlo, (bajo cuyo supuesto contrata), á menos que hubiese procedido con dolo, sabiendo su falta absoluta de derecho (leyes 10, 11, 12 y 13 Dig. íd., con las cuales no corresponde el art. 1.531 del Código que obliga al vendedor á responder de su cualidad de heredero, proceda con dolo ó sin él.)

No mediando pacto y reserva especial, el vendedor deberá entregar la herencia en el estado que tenía cuando le fué deferida, reintegrando al comprador de las disminuciones que tanto en los cuerpos hereditarios, como en sus derechos y obligaciones se hubiesen verificado por enajenación, por cobro de algún crédito, dolo ó grave

negligencia del vendedor, teniendo derecho éste á reclamarle lo que hubiese gastado en la herencia ó por razón de la misma (leyes 1.^a y 2.^a Dig. íd. y 5.^a del Cód.) añadiendo las leyes 2.^a y 20 Dig. íd., que los créditos ó deudas que tuviere el vendedor en contra ó en favor de la herencia, subsistirán respecto al comprador. Estas prescripciones corresponden á los arts. 1.533 y 1.534 del Código.

Prescribe la ley 6.^a Cód. que las enajenaciones de alguna cosa particular de la herencia hechas desde su venta hasta el acto de ser entregada, son válidas, salvo el derecho del comprador á que le indemnice el vendedor. Los acreedores de la herencia pueden dirigir su acción contra el vendedor, quedando á éste salvo el derecho de recobrar lo que por esta razón tenga que satisfacer (leyes 1.^a y 2.^a Código). Lo dispuesto en estas leyes y en la anterior no figura en el Código español: nadie puede vender lo que no tiene y, de consiguiente, la venta de aquello que no es del heredero por haberlo comprendido en la universalidad, no puede ser válida; y respecto á que no obstante ese contrato de cesión de derecho hereditario, pueden los acreedores repetir contra el cedente, prescindiendo del cesionario, resulta esto incompatible con la naturaleza de tal contrato, mediante el cual el comprador se coloca en la situación jurídica del vendedor, aceptando la herencia puramente ó á beneficio de inventario, según el Derecho civil común español.

El vendedor de una herencia que fuere heredero en virtud de sustitución pupilar no transmite al comprador lo que hubiese adquirido de la herencia del impúber, á no haberse expresado: ley 2.^a Dig. íd., escrita para diferenciar la distinta extensión de los derechos hereditarios, producto de diversas causas, aún cuando recaigan en la misma persona. El vendedor de una herencia no es responsable de la evicción y vicios de las cosas que la componen y sí de la existencia de su derecho y de hechos personales del mismo (leyes 14 y 15 Dig. íd.)

Venta de crédito litigioso

El deudor tiene derecho á extinguirlo reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fué satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, desde que el cesionario le reclame el pago.

Este derecho recibe el nombre de retracto litigioso, cuyo fundamento radica en la equidad, y fué introducido en Roma mediante el edicto del pretor DE ALIQUATIONE JUDICII MUTANDI CAUSA FACTA. Fué objeto de algunas disposiciones sueltas «PER DIVERSAS»; Augusto dió un edicto que reguló la cesión de cosa litigiosa; posteriormente se dictaron otras disposiciones, pero las de más relieve fueron las de Anastasio y de Justiniano, contenidas en las leyes 22 y 23, tít. 35, lib. 4.º, del Código REPETITÆ PRÆLECTIONIS. El emperador Anastasio, después de expresar las razones en que fundó su constitución, encaminada á suprimir el principal incentivo en el tráfico de bienes ajenos, con la compra de acciones, especulando sobre la incertidumbre de que estaban poseídos los demandantes, deficiencia de sus medios y escasa fe en su derecho, estableció que los llamados REDENTORES LITIIUM pudiesen ejercitar las acciones que les hubiesen sido cedidas, pero solo por el tanto del precio que por ellas hubiesen pagado y por sus intereses, quedando la diferencia entre el importe de aquél y la cantidad por el mismo satisfecha á beneficio del deudor.

La misma equidad que fundó ese derecho, lo modificó después, concediendo plena eficacia á las cesiones verificadas entre coherederos, á la que se otorgaba al poseedor de la cosa sujeta al derecho litigioso, á un acreedor en pago de su crédito y á un heredero ó legatario ó á un fideicomisario en cumplimiento de una disposición de última voluntad, y en general, á todas las cesiones á título gratuito. Justiniano prohibió en dicho Código que un crédito se vendiese en parte y se donase en otra; no era preciso que el crédito estuviese ya en litigio, pues debía inferirse que la venta ó cesión se hacía para moverlo.

El Código español ha recogido en sus arts. 1.535 y 1.536 gran parte de lo dispuesto en las leyes romanas. Estudiándolos resulta que ese retracto solo cabe en el caso de venta de un crédito litigioso; de manera que no procede ni en la permuta ni en la donación, aunque sea onerosa. No procede tratándose de venta de bienes litigiosos, pues el Código, siguiendo las observaciones de Goyena, solo lo contrae al crédito. Este ha de hallarse en litigio en el momento de la cesión; de manera que si el cesionario lo emprende, carece aquél de ese carácter, no pudiéndose dar el retracto, como tampoco procede si cuando se ha hecho la venta estaba terminado el pleito por sen-

tencia firme. En suma, que en el momento de la cesión tiene que haber contienda para que pueda tener el crédito el carácter de litigioso, y no puede decirse que hay contienda mientras no se contesta á la demanda, en cuyo estado procesal y no antes se produce el cuasi contrato llamado de *LITIS-CONTESTATIO*. Suple, para este efecto, la contestación la providencia que en el juicio correspondiente se haya dictado á virtud de rebeldía ó de apremio, dando por contestada la demanda; de consiguiente, no tienen ese carácter las manifestaciones que en acto de conciliación haga el demandado, porque este trámite no es del pleito, sino anterior y en evitación posible del mismo. El hecho de la demanda no da al crédito reclamado la cualidad de litigioso. Cualquiera que sea la contestación, lo mismo excepcionando en el fondo que en la forma de la demanda, una vez incorporada á los autos, produce el efecto de que el crédito tenga ese carácter.

Consiste el retracto en que el deudor puede reembolsar al cesionario el precio que éste pagó por el crédito, las costas que le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fué satisfecho. Ese interés es el estipulado en el título del crédito y, en defecto, el legal, que es el cinco por ciento. Pero se ha de deducir dentro de término, que es el de nueve días contados desde que el cesionario reclame el pago al deudor, sin que el Código diga si esa reclamación ha de ser judicial ó extrajudicial, que es el punto de partida para el cómputo, y, en su consecuencia, constituyendo lo primero un hecho, su apreciación, por la prueba suministrada, es del Tribunal *A QUO*. Por reclamación judicial entendemos el hecho de personarse el cesionario en el litigio para continuarlo, como parte legítima, subrogado en los derechos del cedente.

Las excepciones que á ese retracto introdujo la equidad en Roma, aparecen también establecidas en el art. 1.536, á saber: 1.^a La venta hecha á un coheredero ó condueño del derecho cedido, porque se funda en una causa lícita, cual es que cese la indivisión, y aún cuando el deudor retrajese la parte de crédito transmitido al cesionario, no se libraría de litigios, puesto que el otro condueño ó coheredero podría demandarle por su parte; 2.^a A un acreedor en pago de su crédito, porque también hay causa lícita de la cesión y no puede ser ésta motivo de explotación por parte del cesionario que de esa manera cobra lo suyo, bien que esta excepción se presta á burlar la ley, suponiéndose la existencia de un crédito simulado objeto de pago con el litigioso; pero á los Tribunales corresponde

averiguar la verdad de semejante fraudulencia alegada por el deudor, y 3.^a Al poseedor de un finca sujeta al derecho litigioso que se ceda, porque es muy justo que quiera alejar su cosa de la amenaza de un litigio, como, por ejemplo, el comprador de una finca sujeta á una hipoteca que, para no ser desposeído de ella, adquiere el crédito hipotecario.

DE LA PERMUTA

Es el contrato primitivo, constituído por el cambio de cosa por cosa; en Roma perteneció á los llamados de estricto derecho, en el grupo de los innominados, el *DO UT DES*, en tanto que la venta, ó sea el cambio de cosa por dinero, era de derecho de gentes y surgió con la aparición de la moneda.

La permuta era un contrato real, *EX REI TRADITIONE INITIUM OBLIGATIONIS PREBEBAT*. Fué regulada por las leyes 5.^a, tít. 5.^o, lib. 19 del Digesto; en el tít. 4.^o, lib. 3.^o de la Instituta y en la ley 1.^a tít. 4.^o lib. 19 de aquél. De ese contrato podían arrepentirse las partes usando del *JUS PENITENTI*, y cuya rescisión cabía por la *CONDITIO CAUSA DATA, CAUSA NON SECUTA*. En el día constituye un contrato consensual, bilateral, principal, oneroso y traslativo de dominio, por virtud del que, cada uno de los contratantes se obliga á dar una cosa para recibir otra. Equivale á una doble venta, por cuyas disposiciones se regula en todo aquello que expresamente no determine la ley; así lo prescriben las leyes 2.^a Código *DE VERB. PERM.*, 1.^a y 2.^a Dig. *íd.* y art. 1.541 del Código civil.

Prescriben las leyes 3.^a y 4.^a Dig. *DE VERB. PERM.* y 5.^a *DE PRESCRIP. VERB.*, que si uno de los contratantes cumpliera por su parte y el otro no, en la entrega de la cosa (ambas partes tienen obligación de hacerse la entrega, leyes 1.^a Dig. *DE CONT. EMPT.* y 5.^a *DE PRESCRIP. VERB.*) á pesar de ser requerido para ello, podrá aquél optar entre exigir el cumplimiento del contrato ó la restitución de la cosa entregada; pero si el retrayente que la hubiese recibido probase que no pertenece al otro contratante, no se le podrá obligar á entregar lo prometido, sino á devolver aquélla.

El contenido de esas leyes no ha entrado en el art. 1.539 del Código por lo mismo que dieron á la permuta el carácter de contrato real. Hoy, puesto que es consensual, si uno de los contratantes hu-

biese recibido la cosa que se le prometió en permuta y acreditase que no era propia del que la dió, no podrá ser obligado á entregar la que él ofreció en cambio y cumplirá con devolver la que recibió; así lo prescribe el art. 1.539 cuyo objeto es evitar que ese contratante sufra las consecuencias del saneamiento por la evicción. Pero no basta que ese permutante esté en la creencia de que la cosa no pertenezca á aquel con el cual trató; debe demostrarlo en el juicio correspondiente, ya promoviéndolo él, ya en calidad de demandado cuando se le exija la entrega de la suya.

El que pierda, por evicción, la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dió en cambio, ó reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero solo podrá usar del derecho á recuperar la cosa que él entregó, mientras ésta subsista en poder del otro permutante y sin perjuicio de los derechos adquiridos, entre tanto, sobre ella con buena fe por un tercero. Así lo prescribe el art. 1.540, con precedente en la ley 1.^a Cód. DE VERB. PERM., dispositiva de que si una vez cumplido el contrato por ambas partes tuviera lugar la evicción de alguna de las cosas objeto del mismo, el que resultare por ello perjudicado estará facultado para reclamar indemnización de los sufridos, ó bien para exigir la devolución de la cosa entregada.

Examinando el art. 1.540 se nos presentan las siguientes situaciones de derecho: Que la cosa no esté en poder del permutante y sí de tercera persona ¿Podrá recuperarla aquel que haya sido privado por evicción de la que recibió en el trueque? Si nos ceñimos á la letra de dicho precepto, no; pero si el nuevo adquirente de la cosa obró de mala fe y en connivencia con el otro permutante, ¿es justo que á ese perjudicado se le conceda acción para invalidar el contrato fraudulento? Entendemos que sí; la ley no puede jamás amparar el dolo, dando validez á lo que encierra un vicio de origen; de suerte que el criterio para resolver el caso no puede ser otro que procurar el amparo de derechos legítimamente adquiridos. La segunda situación es si estando la cosa en poder del otro permutante, éste ha constituido un derecho. El Código no determina la clase de título de constitución, si lucrativo ú oneroso; ese derecho, en tanto se respeta, en cuanto se halla constituido á favor de tercero, esto es, de persona distinta de la que intervino como parte en el contrato de permuta, y aún cuando no haya intervenido, no sea heredero del permutante obligado á entregar la cosa; y aún cuando tenga la condición de tercero, además de esta condición jurídica ha de reunir la

ética, constituida por la buena fe, esto es, que ignoraba los motivos que autorizaran la evicción; que no colaboró directa ni indirectamente al fraude y, en suma, que no pueda, con razón, llamarse á engaño cuando se trate de despojarle de sus derechos en la cosa.

CONTRATO DE TRABAJO

Daremos una ligera idea del mismo.

El trabajo, al igual que la propiedad, tiene sus esencias económica y jurídica y sus lados individual y social. Además de estas tesis hay que añadir otra, sentada por Adolfo Posada: la de que la Filosofía del derecho tiene la función social de renovar el Derecho positivo. Este atraviesa una situación de indigencia en orden al contrato de trabajo, que, según dicho ilustre escritor, es la relación económica y social á la vez por virtud de la que un hombre colabora en la producción de un objeto ó presta un servicio. Esa relación que, al regularla el Derecho legislado, adquiere el calificativo de jurídica, tiene por finalidad, en sentir de Bureau, mejorar las condiciones de libertad en que las partes contratan y evitar la explotación del hombre por el hombre. Podría ponerse una coda á este profundo y sagaz sentir: la civilización pide que se humanice el Derecho, y los Estados progresivos deben reformar sus leyes, despojándolas del individualismo caduco y nefasto en que, por siglos de siglos, se hallan informadas.

Convéngase en que tanto nuestra legislación tradicional como la vigente no responden á ese dictado de la Filosofía ni á las enseñanzas de la Sociología que ensancha los horizontes del magno problema obrero. Los arts. 1.585 y 1.586 del Código son propios de una sociedad bárbara, de los tiempos medioevales, cuando el obrero era un medio mecánico, sin tener reconocida cabalmente su personalidad.

El individualismo en que se hallan inspirados no tiene en el día razón de ser; en cambio cobra auge la llamada doctrina de la compulsión social por Edmond Picard, y aún mayor, el intervencionismo del Estado, benéfico y paternal, como lo bautiza el eminente Echegaray, que, ejerciendo la suprema tutela del desvalido, debe dar fórmulas justas y equitativas á las reivindicaciones del proletariado, que, humillado y escarnecido antaño bajo la pesadumbre de un régimen de opresión, viene á la vida jurídica y política, redimido con las

revoluciones modernas y exaltado por obra el sufragio universal, que, al darle el voto, le hace partícipe de la soberanía y le ciñe la toga del legislador.

Hecha almoneda de ese individualismo, lo mismo en la política que en la economía, con su añoranza de que la libertad tiene la prodigiosa virtud de la lanza de Aquiles, de restañar sus propias heridas, cuya metáfora no pasa de ser muchas veces un deslumbrador sofisma cuando no una menguada falacia; cultivada la ética social con predicados que deben encarnar en la legislación obrera, impónese la regimentación del contrato de trabajo de suerte que no quepan ni la huelga estéril y perniciosa, ni la explotación del hombre por el hombre, la moderna esclavitud del blanco, indigente, enfermo y sin cultura, que en el paroxismo de su desgracia llega hasta á maldecir de su existencia; antes pensando alto y sintiendo hondo, urge procurar por la avenencia del capital y del trabajo para que, sin recelos, suspicacias, ni enemigas, colaboren amorosamente en la producción de la riqueza. No ya el Estado, sino la Iglesia se preocupa del palpitante y agudizado problema obrero. Ketteler, frente al socialismo de Marx y Engels, levantó la bandera de la acción social cristiana, desplegada en todo su esplendor por el diplomático, sabio y virtuoso Sumo Pontífice Leon XIII en sus Encíclicas RERUM NOVARUM y GRAVES DE COMUNI RE, donde se echan los cimientos de la Democracia cristiana.

La organización obrera del presente no tiene los caracteres de los gremios, cuyo origen aparece, entre brumas, en las asociaciones griegas llamadas *ETAIRAS* y *ERAMOS*, trasplantadas á Roma con los nombres de *SOLADITATES* y *COLEGIA*, constituidas por los que ejercían los oficios mecánicos ó las artes tenidas como serviles, pero libres; colegios esos que se desarrollaron con plenitud de organización, regulados por las leyes de las XII Tablas, con verdadera autonomía, que hubieron de inspirar temores y recelos á los emperadores, quienes nombraban su *PREFECTUS FABRUM*, con encargo de velar por el cumplimiento de las leyes, llegando á fusionarse, durante la Edad Media, con los *guildes germánicos*, asociaciones en que los obreros ponían su dinero para celebrar fiestas y banquetes, surgiendo de ese consorcio y con un lazo religioso y social á la vez, la institución gremial, desarrollada antes, después y durante la invasión agarena, especialmente en Valencia, con su jerarquía de aprendizaje, oficialazgo y maestrazgo, obligados quienes ingresaban en ella, á acreditar su limpieza de sangre y su condición de cristianos viejos.

En la Edad media, el elemento patronal absorbió al trabajador, con derecho á alimentos éste si era aprendiz, ó con salario si era oficial, debidamente inscrito en los libros, sin cuyo requisito no podía pedir examen, llegando el abuso hasta negar la admisión de unos y de otros por el más fútil pretexto, mientras se facilitaba la entrada á los hijos y yernos de los agremiados, con lo cual desaparecieron las cofradías de oficiales, contrapeso al poder patronal y se vinculó la industria en determinadas familias. Aún con esto los gremios cobraron auge; y sin poderse apartar de la acción feudal, en algún respecto, como tampoco se sustrajeron á ella la propiedad, la monarquía ni la iglesia, pues el feudalismo, el común denominador político social en la Edad Media, llegó con su influencia deletérea á todos los órdenes de la vida, colaboraron en más de una ocasión en la defensa de las libertades ciudadanas y de los derechos consagrados en los fueros, frente á la imposición de reyes absolutos y á las torpezas de sus delegados, como lo atestiguan las gloriosas *Germanías* de Valencia.

Francia vió en los gremios, por su aspecto de vinculación industrial, una terrible amenaza á su naciente gobierno constitucional, y, al hacer tabla rasa, entre exajeraciones y extravíos, de un régimen de opresión, hubo de proscribirlos en holocausto á la libertad que proclamara y á los *Derechos del hombre*, consagrados en su constitución política; pero á la organización de privilegio, sucedió un individualismo nocivo, girando alrededor de un gran coloso: el Estado gendarme, convertido, después de medio siglo, en Estado providencia, con los talleres nacionales, fracaso del desatentado socialismo. Aquel individualismo, justificado entonces por los motivos de su aparición, resulta al presente anticientífico y estéril; á los dictados de la ética social, impracticada entonces, no solo se dan los deberes perfectos é imperfectos, coactivos los primeros, sin sanción por las leyes los segundos, sí que los llamados mixtos, y éstos son los que su cumplimiento constituye el objeto de la legislación obrera, de imperiosa necesidad ante los progresos de las ciencias y de las artes, dilatadoras del poder del hombre. Al servicio del industrialismo y del maquinismo, el trabajo, de manual, casero é individualista, se ha hecho, concentrando gran masa obrera en talleres y fábricas, mecánico y socialista, desarrollándose sinnúmero de sociedades anónimas constituídas por grandes intereses dedicados á la realización de pingües explotaciones. En estas circunstancias, el Estado, viendo atropelladas las víctimas del trabajo, que sufren además los rigores

de la carestía de las subsistencias, factor que agudiza el problema obrero, no puede cruzarse de brazos; es su deber librarlas del hambre y procurarles higiene y cultura, pues, como dijo el eminente Cánovas del Castillo, no puede permanecer estúpidamente sordo ante los ayes de los vencidos en la lucha por la vida. Por esto acomete la labor legislativa presidiéndola de un criterio igualitario para todas las regiones, sin parar mientes en la estructura moral de éstas, no ocultándose á los gobiernos el riesgo que corre su empeño por falta de precedentes históricos, ausencia de instrucción en las masas, imbuídas y fanatizadas por disolventes doctrinas, egoísmo desapoderado de la clase patronal y no hallarse preparada todavía la opinión pública. Mas no importa; el temor á las imperfecciones de una obra de tan justas reivindicaciones, demandadas por la conciencia jurídica y por la paz social, no debe detener la acción de los gobiernos en los Estados que presuman de progresivos.

El contrato de trabajo resulta de palpitante actualidad. Según Chatelain, es de naturaleza mixta de sociedad y de compraventa, con cierta apariencia de accesión industrial en las cosas muebles. En opinión general, constituye un arrendamiento y así lo consideran los Códigos francés y español, supuesto absurdo, porque el hombre no se alquila, no faltando escritor que lo considere como un mandato; esto es erróneo, pues ni el obrero ni el patrono se atribuyen representación alguna.

Cierto que la sociedad no exige siempre aportación de bienes; puede hacerse de industria, esto es, de trabajo, con derecho los asociados á los beneficios que se obtengan; pero su nota característica es la de crear una personalidad distinta de la de los socios. A esto se adelanta Chatelain diciendo que el gerente de esa entidad jurídica es el patrono, pero, aún siendo así, semejante personalidad, surgida con el establecimiento de ese contrato, no pasa de ser una invención genial, aparte de que esa sociedad no se referiría al reparto de las cosas, sino á la utilidad del producto. Chatelain dice que el obrero, al percibir su salario, vende aleatoriamente su participación en las ganancias. Ni de lejos pasa esto por la mente del mismo, el cual funda el derecho á su retribución en el hecho del servicio, no en si el patrono saldrá ganando ó perdiendo en la empresa.

Sin comulgar en la doctrina de dicho autor, ni admitir en absoluto las de Leroy-Beaulier, Guide y Bouilla, reconocemos que, al presente, ese contrato constituye una cooperación de patrono y obrero; ambos contribuyen á la producción de la riqueza, sin que demos pre-

ferencia al uno sobre el otro, indistintamente en tesis general, pues procuramos huir de todas las exageraciones, y lo mismo clamamos contra el capitalismo absorbente, que nos sustraemos á los hechizos del socialismo á *austrange* marxista, para quien el trabajador tiene derecho al producto íntegro del trabajo, debiendo la Sociedad organizarse de modo que todo el valor del producto vaya á quien lo crea, doctrina exajerada, cuyos antecedentes parten de los economistas Smith y Ricardo. No podía prever, ni de lejos, la escuela de Manchester que las consecuencias lógicas de su teoría económica, frente á la fisiocrática, habían de dar pié á los extravíos del socialismo moderno; ella que tanto exaltó el trabajo como principal agente económico de la producción, sin que negase la influencia del capital, la de la inteligencia y la de los agentes naturales.

Sentada la tesis de que ese contrato constituye una cooperación, tácita, entre patrono y obreros en lo que es objeto del mismo y, mejor, una convención SUI GENERIS, pues no es preciso que figure en la clásica nomenclatura jurídica para que tenga sustantividad y eficacia, es de consignar que en él se da, como en todo lo patrimonial, la esencia económica de que hemos hablado, y que, por fuero de la voluntad caracterizada por la libertad, que corresponde á la de utilidad, nota de la primera, se producen fenómenos de derecho. La ordenación de estos fenómenos en forma preceptiva, adjetiva y sancionadora no puede confiarse en absoluto al pacto, proclamador del STATUS INDIVIDUI, ni al derecho vulgar, constituído por el uso y la costumbre; requiere leyes, mayormente en estos tiempos de indisciplina social las cuales, orientadas en las modernas ideas jurídicas y económicas y presididas por los dictados de la Ética social, con miras á prevenir iniquidades y conflictos de orden público, debieran constituir un Código especial.

Esto nos lleva, como por la mano, á presentar las dos tendencias en el día existentes, en orden á qué disciplina jurídica debe regular este contrato; una lo considera como convención especial que no debe figurar en el Código civil, y otra lo mira como una de las tantas instituciones de éste, aún cuando debe dársele mayor desarrollo que al presente tiene. Nos inclinamos á la primera de estas directivas, pues la Legislación obrera, que es de grandes amplitudes, se halla todavía en mantillas, aún en los pueblos más adelantados que España, y claro que, sin precedentes históricos y sin conocimiento integral de todos los supuestos en que estribe la inmensa variedad de formas que puede revestir el contrato de tra-

bajo por el objeto del mismo, alcance de sus estipulaciones, intereses que ligue y consecuencias que produzca, no es cosa de llevarlo á un título del Código civil, por gran desarrollo que se le dé. Frecuentemente, ora por las conquistas jurídicas ó por nuevas necesidades, cada día en aumento, esa regulación habría de sufrir toques y retoques para incorporarla al movimiento jurídico mundial, pues, como decimos en el proemio del tomo segundo de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial», las leyes obreras, y descollando entre éstas la del contrato de trabajo, fuente y medida de derechos, forman parte de lo que Fiore llama el Derecho del género humano; que á tanto obliga responder con fórmulas de justicia á esa compulsión social de que nos habla Edmond Picard.

La esencia económica de ese contrato son, como hemos dicho, los servicios y su retribución ó salario, formando todo esto el objeto del mismo. Los servicios son de tres clases, según el interés al cual tributan: individuales, sociales y mixtos, y claro que esta circunstancia ha de influir poderosamente en la determinación de reglas para las respectivas convenciones. El trabajo del sirviente doméstico, el del labriego y el del mancebo de la tienda, entre otros, no puede ser legislado del mismo modo que el del minero, el del ferroviario y el del que trabaja en una obra pública; en aquéllos se atiende casi exclusivamente al interés individual de los contratantes, aún cuando sus efectos trasciendan al interés social, mientras que en los otros, ese interés social tiene mayor relieve, y, de consiguiente, constituye un factor poderoso en la reglamentación de tales contratos. Explícate esto habida cuenta á que el trabajo tiene, como la propiedad, su lado social. La de las minas, ferrocarriles, aguas, puertos, etc., presenta, por su carácter especial, ese lado social, señalado por Cimballi, con más relieve que la referida á la que recae en otra clase de bienes, y claro que como el trabajo actúa en propiedad, según sea la clase de ésta, aquél será más ó menos social, ó más ó menos individual. Precisamente porque el trabajo en las minas, en ferrocarriles y demás obras públicas alcanza con sus efectos á lo que en Sociología se llama el *grupo* para distinguirlo del *individuo*, cuando, con razón ó sin ella, estallan las huelgas, se siembra por doquier la alarma, aun en los pueblos extraños al del conflicto, sufriendo quebranto los intereses que directa ó indirectamente se relacionan con el agraviado. Hacemos esta consideración en guisa de demostrar que esa clase de contratos requiere fórmulas especiales. Tanto éstos, como todo lo que con el servicio se relacione, deben ser objeto de un

Código industrial, en el que debieran figurar, además, las leyes de accidentes del trabajo, las que regulen el que prestan las mujeres y niños, las de huelgas, coligaciones, tribunales industriales, aprendizaje, pensiones á viudas, socorros á obreros, bolsas de colocación de operarios sin trabajo, orfelinatos, etc.

El marxista, si es consecuente con su doctrina, de que el trabajo es la única fuente y medida del valor, no debe hablar del contrato de trabajo; si éste lo es todo y el capital nada ¿para qué ha de contratar el obrero con el patrono? Esto equivale á reconocer beligerancia al capital. El individualista, devoto de Bastiat, de Say ó de Ricardo, para el cual no hay otra ley fundamental en la crematística que la de la oferta y la de la demanda, bautizada por Lassalle, el socialista nacionalista, con el altisonante nombre de la *ley del bronce*, tampoco puede querer ese contrato, porque desconoce la personalidad jurídica del obrero; no atiende más que al servicio como una mercancía; de suerte que á los socialistas de cátedra y especialmente á los defensores del intervencionismo del Estado, que ni lo hacen gendarme, ni providencia, sino tutor de los intereses nacionales y especialmente del desvalido en la lucha por la existencia, les está reservado modelar esa institución con arreglo á los dictados de la Justicia, de la Economía y de la Ética social.

El caballo de batalla en el magno problema obrero y por lo que al contrato de trabajo se refiere es cuál debe ser la ley del salario. No se contrata el servilismo, sino el servicio; y como el hombre jamás ha pactado con el suicidio—palabras de Cánovas del Castillo—el salario, que no es la última forma de la servidumbre, según frase de uno de los padres del socialismo, debe ser justo, esto es, como dice la escuela católica, con un mínimo de percepción que permita al obrero vivir decentemente, instruirse y educarse con la dignidad que á todo hijo de Dios le corresponde; el salario medio, dice Lassalle, no puede ser inferior á la cantidad mínima que necesita el obrero para procrear y sostener familia; y puesto que es un colaborador de la producción,—añadimos— y para que ésta sea, además, mayor y más perfecta, debiera dársele, sobre el salario, parte en los beneficios, descontada la ganancia del patrono correspondiente al interés razonable del capital, con más la indemnización por riesgo y quebrantos del mismo y premio por la dirección. Pero esto, que en la región serena de los principios no tiene réplica, es de difícil realización, sin que signifique la renuncia á un acuerdo de las fuerzas económicas, por cuyos factores se llegue á la distribución, dando á

cada una en las utilidades lo que le corresponda. A esto conducen las cooperativas de producción que cobran auge y serán, de fijo, una solución el día de mañana.

Negar los fueros del trabajo es inícuo; desconocérselos al capital —que al fin y á la postre, por ser riqueza empleada para una producción ulterior, constituye trabajo prestado, según los socialistas, ó esfuerzo acumulado según nosotros, así como la materia representa acumulación de fuerzas,—es injusto; ese capital demanda que se retribuya su interés, llámese *plus valia* (renta sin trabajo) ó como se quiera, y se asegure el riesgo que corre, lo cual ya pedía Cristóbal de Villalón hace muchos siglos. Marx y Thomsom transigen con ese interés del capital pero no con el de la propiedad privada.

Constituye el elemento real del contrato de trabajo, además del salario, el servicio; éste debe ser lícito y moral; con prestación indefinida, con fijación de plazo, ó con determinación de obra. Y, á propósito de esto, cúmplenos decir que, por el criterio general en que se halla inspirado, no satisface á la crítica el art. 7.º del proyecto sobre el contrato de trabajo, formulado por el Instituto de Reformas sociales, donde se fija en ocho horas la jornada, á falta de pacto ó de ley especial, pues en este respecto ha omitido una fuente de derecho importantísima: la costumbre del lugar; solo deja al uso esa duración tratándose de servicios domésticos, de navegación y agrícolas, siendo así que también lo hay en las industrias manufactureras en las pequeñas localidades. Por lo visto, la doctrina de los *tres ochos*, de menor virtualidad que la de las *tres aes*, —expuesta por el señor González Besada, presidiendo una asamblea de higienistas y que pide aire puro, agua limpia y alimento nutritivo para prevenir de la tuberculosis al obrero—ha obsesionado hasta á los más ecuanimes autores de ese proyecto, poco amantes, por lo visto, del Derecho vulgar, siendo así que nadie mejor que éste expresa la necesidad social, y contribuyen á formarlos patronos y obreros con sus hechos y resoluciones.

Consecuentes con este sentir, entendemos que gran parte de la legislación obrera, é incluyendo en ella la ley del descanso dominical, es más propia del Estado local que del Estado nacional, sin que, al decir esto, pongamos en duda, siquiera, las prerrogativas que á este último corresponden, como órgano definidor y ejecutivo del Derecho.

Según ese proyecto, el contrato de trabajo tiene por objeto la prestación de servicios de carácter económico, ya sean industriales,

mercantiles, agrícolas ó domésticos y se rige, en primer término, por el pacto, como ley para las partes contratantes, á base de su capacidad de obrar; la tienen los mayores de 18 años, supliéndola sus representantes legítimos, si son mayores de 14 y menores de dicha edad; la mujer puede contratar con autorización expresa ó tácita de su marido y, en defecto, por haberle sido negada, mediante autorización del Juez municipal.

Plácemes merece el establecimiento de esa mayoría de edad fijada en los 18 años, así como la prohibición de que, con ó sin autorización de sus representantes legales, puedan contratar los menores de 14 años, ya que necesitan la educación cultural exigida por la vida ciudadana.

Pasando la vista sobre ese documento, advertimos que se halla tocado de un seductor platonismo, hoy en que todavía no se ha desarrollado el espíritu de asociación obrera. Decimos esto, porque al trabajador se le pueden imponer multas hasta la sexta parte del salario, y tanto él como su patrono se deben indemnizar de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato. La efectividad de las multas, en el supuesto de que lleguen á imponerse, habrá de tropezar con dificultades en un país como el nuestro, tocado de la rebeldía, y la satisfacción de los segundos por parte del que solo cuenta por todo capital con su esfuerzo, es problemática.

Claro que, desarrollándose las sociedades obreras y contando con activo para hacer frente á esas responsabilidades pecuniarias, podrá llegarse á que desaparezcan los inconvenientes antes notados. Los Tribunales ingleses han dado un ejemplo de esto, haciendo recaer aquéllas sobre la colectividad de los *Trades Unions*, á cuya sombra se han desarrollado los consejos de fábrica, establecido la escala móvil de los salarios, las primas de éstos como participación en los beneficios y premios y las alianzas entre patronos y obreros, constituyendo esto, particularmente esas primas, un sistema ingenioso, del que dan muestra los del *task* ó *stint*, *piece money*, *premium sistem* y *plus sistem*, de Hasley, Weir, Taylor, Rowan y Gaut.

Debiera establecerse la Caja del trabajo, con capital constituido por pequeñas cuotas de los obreros; primas de beneficio que entregasen los patronos, según el resultado de sus balances ó por determinación de la junta local de reformas sociales si aquéllos no fueron los verdaderos; por las subvenciones que otorgaran el Estado, provincia y municipio; por la herencia intestada del patrono si no dejase descendientes, ascendientes, consorte ó parientes dentro del

cuarto grado, y por otros recursos que podrían arbitrarse. La Caja haría frente á esas responsabilidades, reintegrándose del obrero culpable y, además, en lo que permitiesen sus recursos, podría satisfacer las pensiones á viudas, socorros á obreros enfermos, jubilados ó sin trabajo y orfanatos. Con esta institución de garantía y de beneficencia á la vez, y teniendo por complemento de la misma el Banco del Trabajo, muchos males se remediarian; ya no diría el cardenal Menning que el contrato de trabajo libre pone un estómago vacío frente á una bolsa repleta, ni podría exclamar el millonario Carnegie que el problema más pavoroso es el del hombre falto de trabajo y con ganas de trabajar, pues, á la sombra de esas instituciones, se crearían las bolsas de colocación (que tienen su origen en la Edad Media cuando el Consejo de la Ciudad repartía el trabajo), en ningún país más necesitadas que en España donde la estadística del paro señala la enorme cifra del 20 por 100, cuya contera es esa sangría abierta de la emigración que nos empobrece y nos deshonra ante el mundo civilizado.

Derecho positivo

CATALUÑA

El doméstico ó jornalero alquilado para un determinado tiempo, que sin, culpa suya, no hubiese trabajado, tiene derecho á cobrar todos los salarios estipulados si no los hubiese percibido de otra persona (leyes 19 y 38 Dig. DE LOCAT. COND.) El jornalero contratado por dos personas debe cumplir con la primera que le ajustó (ley 26 Dig. íd.) No puede aquél exigir indemnización alguna por razón de habersele roto ó malbaratado las herramientas en el trabajo (ley 2.^a VERS. NAM. ET SI FABER. DE LEG. ROD.)

El maestro de un oficio debe indemnizar los daños que causa á sus aprendices por tratarles con excesivo rigor, sin perjuicio de su responsabilidad por razón de delito (ley 13 Dig. DE LOCAT. COND.) Los que se alquilan para algún servicio responden de los daños y perjuicios causados por su dolo, culpa ó negligencia (ley 60 Digesto ídem). Los que se contratan para conducir carruajes ó caballerías, responden de los daños que unos y otras sufran de resultas de su imprudencia y temeridad (ley 13 Dig. íd.) Los salarios de toda clase de domésticos prescriben al año, contado desde el día en que estu-

vieron fuera del servicio, á menos que conste su crédito por algún documento público ó privado, llamado esto último *carta ó albará de la soldada* (ley 3.^a, tít. 2.^o, lib. 7.^o, vol. 1.^o de las Const. de Cat. y sent. 13 Enero 1874).

Los que habitan en compañía de otros en clase de domésticos ó familiares, no pueden, después de la muerte de aquéllos pedir salario, á menos que prueben haberlo pedido en cantidad cierta (ley 1.^a íd.) Los pastores no pueden tener ganado propio, ni mezclado con el de sus amos (ley 3.^a, tít. 11, lib. 9, vol. 1.^o de dichas Constituciones).

NAVARRA

Los arrendamientos de servicios celebrados por tiempo indeterminado no pueden dejarse incumplidos abandonándolos el criado, ni éste puede ser despedido antes de la fecha correspondiente (capítulo XII, tít. V, lib. 1.^o del Fuero). Si el que falta á lo pactado es el criado, su fiador viene obligado á poner un sirviente en lugar de aquél, si no pudiere conseguir que cumpla su compromiso; no existiendo fiador, el criado deberá reintegrar al amo lo que éste gaste con él en comida, bebida y vestidos, con pérdida del derecho á la percepción de los salarios (ley 2.^a, tít. 20, lib. 5, Nov. Recop.) Si el incumplimiento se debiese á despedida del criado, el amo deberá pagarle todo el salario, como si se hubiera cumplido el término estipulado, y faltando estipulación se estará á la costumbre del lugar, determinativa de que esta clase de contratos se entiende hecha por uno ó más años, no siendo aplicables estos preceptos al caso en que el criado se despida por culpa del amo ó recíprocamente (ley citada); añade ésta que si el criado dejare el servicio antes del tiempo convenido, por causa de contraer matrimonio, no está sujeto á las prescripciones anteriores, debiendo el amo abonarle el salario que, á prorrata, le corresponda por el tiempo servido.

Código Civil

El contrato de servicios por criados y trabajadores asalariados, no los de carácter profesional ó de las llamadas artes liberales, pues el Código no lo regula en sus arts. 1.583 y siguientes, puede contratarse sin tiempo fijo, por cierto tiempo ó para una obra determi-

nada, pero nunca por toda la vida, so pena de nulidad *per se*, pues esto equivaldría á introducir la servidumbre, negando á la libertad sus propios fueros, adscribiéndola por siempre al trabajo, cuyo operario habría de verificar mal de su agrado. La libertad es forma de la actividad humana, y claro que, siendo inalienable como lo es la vida, el hombre carece de título para someterla á servicio perpétuo, por mérito del pacto, y cuenta que, aún cuando la prohibición de la ley se presta á su burla, estableciendo, como duración del contrato, un número crecido de años, mayor del que represente la vida probable de sus otorgantes, constituyendo esto una simulación, de fijo no prosperaría ante los Tribunales, que habrían de aplicar la sanción de ese artículo 1.583, que por igual reza con el sirviente ó trabajador que con el amo ó patrono, pues donde la ley no distingue no es lícito distinguir.

El criado doméstico—bajo cuyo nombre deben comprenderse también los familiares de la casa, todos los que prestan sus servicios personales y manuales en la familia de su amo ó señor con quien ordinariamente conviven—puede despedirse y ser despedido antes de expirar el término, pues en la prestación de estos servicios entra, como principal factor, la confianza entre quien los presta y los recibe; pero si el amo despide al criado sin justa causa, esto es, sin motivo razonable que á los Tribunales incumbe discernir y apreciar, según los casos, debe indemnizarle, pagándole el salario devengado, más el de quince días, tiempo que se calcula para poder tener colocación. El art. 1.584 añade que el amo será creído, salvo prueba en contrario, sobre el tanto del salario del sirviente doméstico y sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente, disposición no extensiva á los otros criados ó trabajadores asalariados, pues el precepto solo se refiere al que sirve personalmente á su amo ó á la familia de éste. Ya hemos censurado este precepto, cuyo fundamento, según dice Treilhard, es prevenir una especie de coalición del criado y de testigos propicios á la mentira y al fraude, pero el Código no niega á aquél—¡esto faltaba!—que pueda probar el tanto del salario y el hecho de que se le adeuda; lo primero es más fácil que lo segundo, pues sobre hechos negativos no debe versar la probanza; quien debería justificar el pago es el amo; pero la ley fía en su honorabilidad á no otorgarse ningún documento respecto á los salarios devengados en el último año, del cual no goza tratándose de los anteriores, constituyendo esta diferencia un motivo más de censura al Código.

Las leyes y reglamentos especiales suplen lo prescrito por dicho cuerpo legal.

Los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término ó para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato sin justa causa; el Código no expresa cuál sea ésta, correspondiendo á los Tribunales apreciarla, así como determinar la cuantía de la indemnización.

La despedida de los criados, menestrales y demás trabajadores asalariados da derecho á desposeerles de las herramientas y edificios que ocuparen por razón de su cargo; claro está que esto es en el caso de que pertenezcan al amo, sea justa ó injusta la despedida, siendo de citar la siguiente jurisprudencia: Corresponde á los Jueces municipales conocer de las demandas de desahucio contra los porteros (Sents. de 2 de Diciembre de 1902, 5 de Febrero de 1904 y 23 de Diciembre de 1904). La condición de portero, en cuyo concepto y por vía de remuneración ocupa la casa determinada persona, supone un contrato de arrendamiento de servicios que termina por la voluntad de las partes, siendo indudable el derecho que asiste al comprador de la finca para darlo por concluido, conforme al art. 1.587 y por tanto se está en el caso primero del 1.562 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sents. de 11 de Julio de 1904 y 10 de Marzo de 1906).

Separado de su cargo un jardinero y requerido para desalojar la finca, estos actos constituyen el término del arrendamiento, con derecho el dueño para desposeer á aquél de las habitaciones ocupadas (claro está que no puede tomarse la justicia por su mano) (sentencia de 15 de Enero de 1905). Corresponde al Juez municipal el conocimiento del desahucio de las habitaciones que ocupen los criados (Sent. de 30 de Marzo de 1907). No es aplicable el art. 1.563 tratándose del desahucio de un dependiente que ocupa la habitación como recompensa, ó parte de ella, de los servicios que presta, pues no tiene la cualidad de precarista ni de inquilino (Sent. de 18 de Mayo de 1907).

De las obras por ajuste ó precio alzado

CATALUÑA

Puede convenirse, en la ejecución de obras, que se preste solamente al trabajo, ó que se suministren también los materiales (Ins-

tituta § 4.º DE LOC. ET COND.) Si el empresario hiciere ambas cosas empleando todo lo necesario para la ejecución de la obra, el contrato constituye una venta perfeccionada luego de recibida y aprobada aquélla. Si la obra perece antes de su entrega, por cualquier motivo que sea, el empresario corre con el riesgo, á menos que el que la hubiese contratado se hallase en mora por falta de recepción (íd. y ley 2.ª Dig. DE LOCAT. COND.) Si alguna de las cosas destinadas á la construcción fuese de la propiedad de aquél para el cual se construyó la obra, el contrato constituye un alquiler (leyes 2.ª 20 y 65 Digesto íd.), de cuyo carácter participa el contrato por el cual un arquitecto se obliga á edificar en solar ajeno, aunque corran de su cuenta los materiales (leyes 20 y 22 Dig. íd.)

El encargado de hacer una obra responde de los daños y perjuicios que sufra el propietario por dolo, culpa ó impericia ya de él, ya de los jornaleros ú operarios que empleare (leyes 9.ª, 13, 21, 51 y 57 Dig. íd.) El que trabaja á jornal responde de la bondad y perfección de la totalidad de la obra, cuya construcción le estuviese encargada; pero no si hace para ella ciertos y determinados trabajos encargados por el propietario (ley 51 Dig. íd.)

El empresario mediante un precio cierto por toda la obra, no responde, después de concluida y aprobada (ley 36 Dig. íd.); pero sí corren de su cargo las pérdidas, perjuicios y deterioros de aquélla ocurridos antes de su perfección y aprobación (leyes 36, 59 y 62 Digesto íd.) Si antes de ser aprobada cayese ó se destruyera por causa natural ó fuerza mayor corre á cargo del propietario el perjuicio, si la obra estuviese bien construida y hubiere debido ser aprobada (leyes 36, 37 y 62 Dig. íd.) Consistiendo la empresa en trabajar varias piezas distintas ó á tanto la medida por un precio cierto, cesará la responsabilidad del operario con respecto á las piezas ó medidas trabajadas, luego de ser contadas y aprobadas por la persona para quien se trabajan (ley 36 Dig. íd.)

Aún habiéndose estipulado que la bondad de la obra sea juzgada por el propietario, su aprobación, en caso de disputa, deberá sujetarse á la aprobación de peritos (ley 24 Dig. íd.)

Si antes de terminarse un edificio ú otra obra semejante ó quince años después de concluído se conmoviere ó derribare, se entiende ser por falta ó culpa de los encargados de construirlo, á menos que ello fuere ocasionado por terremoto, avenida de río ú otro accidente casual; fuera de estos casos, el que hizo la obra ó sus herederos está obligado á rehacerla á su costa (ley 8.ª Cód. DE

OPER. PÚBL.) El empresario debe ajustarse al plano ó modelo que para la construcción de la obra se hubiese convenido, y responde de las variaciones que introduzca sin consentimiento del propietario (ley 60 Dig. DE LOC. COND.)

Si para el caso de no estar concluída la obra en el plazo convenido se hubiese reservado el dueño la facultad de encargarlo á otro por cuenta y perjuicio del propietario, podrá verificarlo, transcurrido el plazo, ajustándose al plano ó modelo que para la construcción se hubiese estipulado con el empresario (ley 13 Dig. id.) El propietario podrá prohibir la continuación de la obra si averigua que su coste ha de resultar mayor del presupuesto que antes de empezarla presentó el empresario, en cuyo caso no viene obligado á satisfacer los gastos que este último hubiese hecho después de la prohibición (ley 60 Digesto id.)

El empresario ú obrero responden de los deterioros ó pérdidas que sufre la cosa que se le hubiese entregado para trabajar (ley 13 Dig. id.) A falta de pacto en contrario no cabe esa responsabilidad cuando el deterioro proviniera de caso fortuito imposible de prever ni evitar, ó si proviene de la naturaleza ó vicios de la misma cosa (leyes 9.^a y 13 Dig. id.) El pago del precio estipulado para la obra debe hacerse en los plazos convenidos y, en defecto, luego de concluída ó entregada y aprobada aquélla. Al que trabaja una cosa parcial de una obra no puede demorársele el pago de su trabajo, aunque no esté terminada ésta (ley 30 Dig. id.)

NAVARRA

Cuando se haya encargado de una obra al que no sea maestro ó perito en el arte, quedará sujeto al tanteo de su maestro (ley 7.^a tít. 22, lib. 5, Nov. Recop.)

Puesto que en este territorio rige el Derecho romano como supletorio le son aplicables las citas anteriormente hechas.

Código civil

En el arrendamiento de obras ó servicios, una de las partes se obliga á ejecutar una obra ó á prestar un servicio por precio cierto. Lo mismo que el de cosas del cual nos hemos ocupado en el cap. VII

del lib. II, es un contrato consensual que el Derecho romano definió; *CONTRACTUS CONSENSUALIS DE REI USU, VEL OPERIS PRO CERTA MERCEDE PRESTANDIS*; fué el llamado *alquiler* por la ley 1.^a, tít. 8.^o de la Part. V.

Mientras en el arrendamiento de cosas, si el arrendador no quiere cumplirlo puede ser constreñido á entregar la cosa al arrendatario, en el de obras no cabe esto, resolviéndose su cumplimiento, por tratarse de obligación de hacer, en la indemnización de daños y perjuicios, salvo que la obra ó servicio puedan ser ejecutados por otro, en cuyo supuesto se ejecutará á costa del obligado.

Este arrendamiento de obras y servicios suele confundirse con el mandato, no obstante ser bastante precisa su distinción, pues mientras aquél exige que medie precio, el último es, por naturaleza, gratuito, según el art. 1.711, á no ser que el mandatario tenga por ocupación el desempeño de servicios de la especie á que el mandato se refiere, en cuyo caso se presume la obligación de retribuirlo; pero la nota diferencial entre esos contratos estriba en que el mandato atribuye representación del poderdante al apoderado: lo cual no ocurre en el arrendamiento.

Puede contratarse la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo ó industria, ó que también suministre el material. Si el que contrató la obra se obligó también á poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla.

Los arts. 1.588 y 1.589 no difieren de las citadas leyes romanas; lo propio decimos del 1.590, preceptivo de que el obligado á poner solo su trabajo ó industria no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de ser entregada, á no ser que haya habido morosidad para recibirla, ó que la destrucción haya provenido de mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño; esto último no lo dice expresamente el Derecho romano, pero se sobreentiende establecido por ser de equidad; ya que esa mala calidad no es imputable al constructor, pero viene obligado á advertirla, para que el dueño no sea víctima del engaño.

El contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años (el Derecho romano fija quince), contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad y por el

mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina á vicio del suelo ó de la dirección. Si la causa fuera la falta del contratista á las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

No porque se arruine el edificio durante ese tiempo se ha de atribuir su causa á vicios de la construcción, del suelo ó de la dirección; el Código no establece una presunción de culpa, ni contra el contratista, ni contra el arquitecto; solamente cuando el dueño demuestre que, por tales circunstancias, ha sobrevenido la ruina, aún cuando el edificio esté en pié, procede aplicar el art. 1.591.

Puede ocurrir que el contratista se busque el arquitecto ó maestro de obras encargado de la dirección técnica, en cuyo caso aquél responde para con el dueño, sin perjuicio de poder repetir contra dichas personas. Entiéndense por vicios de construcción, en tesis general, los referentes á los materiales empleados y trabajos ejecutados en la obra. El contratista responde de ellos, así como el arquitecto responde de las condiciones del suelo, aún cuando, siendo malas, lo hubiese advertido el dueño, pues el art. 1.591 habla en términos absolutos, sin emplear la salvedad del 1.590, como también de la dirección. En ésta entra también la inspección de los materiales y de los trabajos, y si medió culpa por parte del arquitecto, puede que le quepa responsabilidad, porque debió enmendarlo ó corregirlo, porque ello entra bajo su jurisdicción técnica, como la llaman los Sres. Martínez Angel y Oyuelos.

Puede ocurrir que en la obra no haya contratista ni arquitecto, sino obreros con quienes el dueño directamente se entienda, pagándoles el jornal, los cuales no se hallan comprendidos en las responsabilidades que fija el art. 1.591. Habiendo subcontratistas, el dueño solo puede dirigirse contra aquél con el cual contrató.

El que se obliga á hacer una obra por piezas ó por medida puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha. (artículo 1.592 que corresponde á la ley 36 Dig. DE LOCAT. COND.)

El arquitecto ó contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio ú otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales ó materiales; precisamente por la aleatoriedad de este contrato, pues el constructor se expone á ganar ó á perder; pero podrá pedir ese aumento cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca el de la obra,

siempre que hubiese dado su autorización el propietario. El Código no determina la forma de esa autorización, y de consiguiente, ya sea expresa, ya tácita, á los Tribunales corresponde resolverlo, bien entendido que para resolver este caso y otros análogos debe atenderse en primer lugar á la voluntad de las partes, que es ley del contrato, en la que se fundó la Sent. de 9 de Octubre de 1889, recaída en pleito sobre construcción de un teatro.

El dueño puede desistir por su voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella. El art. 1.594, que rige en Cataluña (Sent. de 12 de Abril de 1897), autoriza el desestimiento del dueño, constituyendo esto una desviación de la regla, de que no pueden romperse los contratos por la sola voluntad de un otorgante; ello obedece á razones de equidad; porque si al dueño no le conviene empezar ó continuar la obra, no se le debe obligar á que haga sacrificios pecuniarios; pero este derecho lleva como secuela la indemnización al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la obra, debiéndose procurar que ni la indemnización sea descabellada, ni resulte repetida por conceptos tenidos en cuenta al fijarla.

Cuando se ha encargado cierta obra á una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de ésta. La primera parte del art. 1.595 se relaciona con el 1.257. Pero, en tal caso,—añade el precepto—el propietario debe abonar á los herederos del constructor, á proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que estos materiales reporten algún beneficio; esta disposición se funda también en la equidad, pues nadie debe enriquecerse torticeramente con perjuicio de otro, y es también aplicable si el que contrató la obra no puede acabarla por causa independiente de su voluntad, *AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR*.

El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra; de manera que éstas no tienen acción contra el dueño, sino contra aquel con el cual se entendieron, lo que es consecuencia lógica del contrato de arrendamiento por ajuste ó precio alzado, aunque las personas que trabajen en la obra hayan sido recomendadas al contratista, porque éste no viene obligado á admitirlas.

Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada por por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta

la cantidad que éste adeude á aquél cuando se hace la reclamación. Así lo dispone el art. 1.597 que no es, á nuestro ver, reproducción del 1.111, si que una norma sustantiva que, si bien no da derecho real en la obra, ni atribuye privilegio alguno á los que pusieron en ella su trabajo y materiales, se ha escrito en respeto al derecho de estas personas, para que no queden defraudadas, habida cuenta á que el dueño se aprovecha de la utilidad de tales trabajos y materiales, sin que pierda nada, porque la cantidad á satisfacer es la que al tiempo de la reclamación (lo mismo judicial que extrajudicial), tenía que satisfacer al contratista; de manera que esto constituye una retención para evitar el fraude de que pueden ser víctimas esos acreedores y, de consiguiente, retenida esa cantidad, no puede ir á la masa de la quiebra ó concurso de acreedores del contratista.

Cuando se conviniere que la obra se ha de hacer á satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, á falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Así lo prescribe el artículo 1.598 y declara la Sent. de 15 de Abril de 1905 que reproduce la ley 24 Dig. DE LOCAT. COND., bien entendido que el juicio pericial á que el mismo se refiere habrá de recaer solamente sobre los puntos de discrepancia. Añade el texto que si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará á lo que éste decida; claro está que si quisiese ó pudiese; en otro caso deberá estarse á la resolución judicial que tendrá presente el dictamen de peritos.

Si no hubiese pacto ó costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega, que es precisamente cuando se consuma el contrato. El art. 1.599 se ha tenido en cuenta en la Sent. de 11 de Diciembre de 1904 que no autoriza el pago parcial, ó sea por meses, sino que ha de verificarse á la terminación de los trabajos; la costumbre á que se refiere dicho artículo es la local ó del lugar, única respetada.

El que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague; así lo prescribe el artículo 1.600 que, al establecer esa garantía en favor del arrendador, en forma de *JUS RETENTIONIS*, la contrae solamente á las cosas muebles, en evitación de que el arrendatario se alce con la cosa sin pagar á aquél; derecho que no se tiene en el arrendamiento de obras. Las acciones que de este último se derivan son de carácter personal y prescriben, según la regla general, á los quince años.

De los transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas

El transporte es una tercera clase de arrendamiento de obras y servicios; constituye el gran auxiliar del comercio, por cuya mediación pasa el producto de quien lo crea ó transforma al que lo consume, contribuyendo al equilibrio de los precios de las mercancías entre distintos lugares y atenuando los daños consiguientes á la carestía; y puesto que constituye una industria de gran importancia y necesidad, dado que evita dificultades y gastos inherentes á los transportes particulares, tiene su regulación en el Código de comercio, cuyas disposiciones suple el Código civil. Este, en su art. 1.601, prescribe que los conductores de efectos por tierra ó por agua están sujetos, en cuanto á la guarda y conservación de las cosas que se les confían, á las mismas obligaciones que, respecto de los posaderos, se determinan en los arts. 1.783 y 1.784.

En este contrato palpita la confianza que el dueño deposita en el porteador cuando le entrega el efecto, y correspondiendo á ella, debe conservarlo y guardarlo con el mismo interés que si fuera suyo; es pues un depositario, con encargo de entregar la cosa á quien va destinada, procurando que no sufra deterioro ni riesgos en la conducción, ya causados por él, ya por sus dependientes, pero no los que provienen de robo á mano armada, de caso fortuito ó de fuerza mayor. De modo que, no mediando esto último, el conductor responde de la pérdida y de las averías de las cosas que le hayan sido entregadas, y para eximirse de responsabilidad, le incumbe probar el caso fortuito ó la fuerza mayor; pero todo esto es sin perjuicio de lo que prevengan las leyes y los reglamentos especiales, toda vez que el fenómeno económico transporte, por efecto del industrialismo presente, ha cobrado gran auge, incumbiendo al Estado condicionarlo, por medio de normas especiales.

Venta de objetos de valor artístico ó de interés histórico

En 16 de Julio de 1910 se dió el R. D. cuyos arts. 1.º y 4.º son como sigue:

Art. 1.º Se necesitará autorización especial del Ministerio de

la Gobernación para enajenar los bienes pertenecientes á Instituciones de beneficencia que consistan en pinturas, broncees, esculturas, porcelanas esmaltes, tapices, joyas, ornamentos, códices, manuscritos y, en general, los de valor artístico ó significación histórica, aún cuando no tuvieran por su incorporación ó destino la consideración jurídica de inmuebles. En el expediente se seguirán los trámites que para autorizaciones análogas establece la Instrucción de 14 de Marzo de 1899, y además se pedirá informe al Ministerio de Instrucción pública y Bellas Artes, ofreciéndole la adquisición con destino á los Museos del Estado. En vista del informe de dicho Ministerio, resolverá el de la Gobernación denegando ó concediendo la autorización solicitada, con la condición en este último caso, de que no podrán ser vendidos los objetos á particulares ó Corporaciones por precio igual ó inferior al ofrecido por el Estado, si éste hubiera estimado conveniente hacer la adquisición.

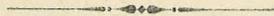
En todo caso, el importe de las ventas se depositará á nombre de la fundación en la Caja de Depósitos ó en las del Banco de España, convirtiéndose en inscripción intransferible de la deuda perpetua interior.

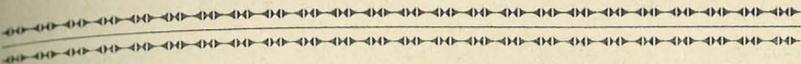
.....

Art. 4.º Los contratos que se celebren con infracción de lo dispuesto en este Real decreto serán nulos, no pudiendo convalidarse por autorización posterior del Ministerio, que en tales casos y sin ningún trámite será necesariamente denegada.

La infracción de los preceptos contenidos en este Real decreto será causa para acordar la suspensión y destitución de los representantes legítimos de las fundaciones.

.....





CAPÍTULO V

De los contratos reales

Idea general del préstamo

Bajo la acepción *empréstito* compréndense los préstamos mútuo, comodato y precario. El empréstito es, según las Partidas, *una natura de pleito que acaesce mucho amenudo entre los omes de que reciben placer é ayuda los unos de los otros*. No puede confundirse con la mutualidad, que es un sistema de organización social propuesto por Proudhon y basado en el cambio directo de productos y servicios. En el empréstito, quien lo hace tiene derecho á reclamar la devolución de la misma cosa, si es comodato ó precario, ú otra de la misma especie y calidad, si es el préstamo mútuo, en tanto que en la mutualidad se establece el cambio directo, no solo sobre cosas, sino sobre servicios (esto último no lo tiene el empréstito), devolución que no es por título jurídico, sino por canon social, si cabe la palabra, impuesto, dentro de ese sistema proudhoniano, para que, aún habiendo pobres, no existan indigentes. Pero el mutualismo, tomando plaza en el Derecho y basado en principios económicos para que el bien y el daño se repartan proporcionalmente, constituye también un sistema de sociedades de seguros que, como su objeto no es la especulación, revisten carácter civil.

Por el préstamo, una de las partes entrega á la otra, ó alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo, y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato (como me lo has dado te lo devuelvo) ó dinero ú otra cosa fungible, con la condición de devolver

otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo (art. 1.740 del Código; § 2.º QUIBUS MOD. RE CONTR. OBLIG. de la Instit. y ley 3.ª Dig. DE REB. CRED.) Añade la Instituta que el préstamo que se hace mientras dure el beneplácito del propietario, se llama precario, del cual no trata expresamente el Código. Este añade en dicho artículo que el comodato es esencialmente gratuito (si se percibiese merced ó precio sería arrendamiento de cosas) y que el simple préstamo puede ser gratuito ó con pacto de pagar interés.

Son compatibles los contratos de préstamo y de comisión, y así lo declaró la sentencia de 8 de Mayo de 1903.

Discútese acerca de si, según el Código, el préstamo es contrato real. Así lo consideró el Derecho romano, donde la entrega de la cosa era la causa civil de obligar; pero como quiera que, según dicho cuerpo legal, el contrato existe (art. 1.254) desde que una ó varias partes consienten en obligarse respecto de otra ú otras, á dar alguna cosa ó á prestar algún servicio, y teniendo en cuenta que, según el art. 1.258, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, lo cual significa que por ese estado se producen derechos y obligaciones en respeto al principio de espiritualización que informa la materia contractual, parece, á primera vista, que, en contra de la opinión de Troplong y Pothier, ha desaparecido ese contrato real de la nomenclatura jurídica. Esto es un error; debe distinguirse entre promesa de préstamo y préstamo en la verdadera acepción de la palabra. Si uno se compromete á prestar, debe hacerlo, so pena de ser demandado y tener que indemnizar, en su caso, de daños y perjuicios; pero como la cosa no se ha entregado, falta el perfeccionamiento, constituido por la entrega real y efectiva de aquélla, y por tanto que el prestatario no viene tenido á devolverla. Más claro, por la promesa, ó sea, por convenir en el préstamo, quien la hace debe entregar la cosa (su causa de obligar), pero no puede reclamar su devolución si no la ha entregado; luego el derecho del prestamista supone la existencia de la entrega, que es la perfección del contrato, verdadera causa de obligar respecto del prestatario.

Del comodato

Llámase también préstamo de uso. El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada; el comodatario adquiere el uso de ésta,

pero no los frutos; no tiene posesión y sí solo subtenencia; por eso dicen: Pomponio, REI COMODATE ET POSSESSIONEM RETINEMUS; y Noot, HABET IGITUR COMMODATARIUS NUDAM DETENTATIONEM, NON POSSESSIONEM. En su virtud, ordena el art. 1.741 del Código, que el comodatario conserva la propiedad de la cosa; no distingue entre si es mueble ó inmueble, basta que no sea fungible; si es inmueble, constituye una clase de precario y claro que en esa propiedad se comprende la posesión civil, y como el comodatario no es poseedor, carece de derecho á los frutos; solamente tiene el uso de aquélla, bien entendido que si por este uso ha de pagar algún emolumento, la convención deja de ser comodato.

El comodato, puesto que constituye una relación jurídica de carácter patrimonial, produce derechos y obligaciones transmisibles á los herederos de ambas partes, á no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación á la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho á continuar en el uso de la cosa prestada. Así lo prescribe el art. 1.742, cuya última parte, ó sea la excepción del mismo, es de apreciación en cada caso por los Tribunales.

Al prescribir el Código que las cosas objeto del comodato han de ser no fungibles, se separa de lo prescrito en la ley 4.^a del Digesto; éste dispone (ley 3.^a COMMOD. y en aquélla) que pueden darse en comodato las cosas muebles y *aún las fungibles* si se prestan para solo ostentación y pompa del que las recibe, AD OSTENTATIONEM.

El Derecho romano hizo la distinción que hemos verificado entre promesa de préstamo y préstamo hecho y, al efecto prescribe en la ley 17 Dig. DE COMMOD. que el que prometió prestar alguna cosa está obligado á entregarla (luego ya existía ese principio de respeto y validez á toda promesa); pero hasta verificarse la entrega, no queda perfecto el comodato, añadiendo las leyes 8 y 9 Dig. íd. y 3.^a DE PREC. que el comodante queda como dueño y poseedor de la cosa prestada. El art. 1.742 del Código tiene sus precedentes en las leyes 3.^a y 17, tít. 6, lib. 17 del Digesto.

Estudiando las obligaciones del comodatario, éste debe satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada, y si la destina á un uso distinto de aquél para el que se prestó, ó la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito. Así lo prescriben los arts. 1.743 y 1.744 del Código; el primero de éstos se ha separado de la ley 5.^a párrafo 4.^o del

Dig. DE COMMOD. y de las opiniones de Quinto Mucius Scævola y de Ulpiano que hacían responsable al comodatario de la culpa levísima, pues debía prestar el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y como quiera que del Código ha desaparecido esa clasificación de la culpa, el Legislador no podía expresar aquella en dicho precepto. El art. 1.744 corresponde á las leyes 53 y 17, prescriptivas de que el comodatario debe servirse de la cosa con arreglo al uso para el cual se le prestó, y, si no se hubiese expresado, conforme á aquel á que esté destinada por su naturaleza: *IN REBUS COMODATIS TALIS DILIGENTIA PRESTANDA ET QUALEM QUISQUE DILIGENTISSIMUS PATERFAMILIAS SUIS REBUS ADHIBET*; el Digesto, pues, exigió en el comodatario el cuidado que en sus cosas pone un padre de familia diligentísimo, porque ya que tiene su uso gratuito, debe corresponder al favor que se le hace.

Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, á no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad; artículo 1.745, que tiene su precedente en el texto de Ulpiano, que es la ley 5.^a, § 3.^o, tít. 6.^o, lib. 18 del Digesto, donde se lee: *SI FORTES REI ESTIMATA DATA SIT OMNE PERICULUM PRESTANDUM AP EO QUI ESTIMATIONEM SE PRÆSTAVERUNT RECIPIT*. Este texto romano se halla modificado por las *DECRETS.* capítulo único DE COMMOD. IN PRE., y combinando éstas con las leyes 3.^a, 5.^a, 12 y 19 del Digesto resulta que el comodatario debe tener, en la conservación y custodia de la cosa prestada, todo el cuidado posible, siendo responsable de los daños y perjuicios resultantes de su pérdida ó deterioro (en esto no hay variación entre el Derecho general y el excepcional), á menos que provenga de caso fortuito (el Código no establece esta excepción, antes hace responsable al comodatario) ó de delito de un tercero, al cual no hubiese dado ocasión ó motivo.

Esa regla es aplicable al caso en que se hubiese entregado la cosa al objeto de examinar su calidad, ateniéndose si la utilidad es común ó limitada á alguno de los interesados (ley 10 Dig. *íd.*)

El Derecho romano, consecuente con el principio *CASUS NEMO PRESTAT*, á menos de que mediase dolo ó culpa, eximió por esta causa de responsabilidad al comodatario, á no ser que hubiese recibido la cosa estimadamente, que es lo prescrito por el Código (ley 5.^a Dig. *íd.*), ó si, pudiendo librar del daño fortuito á la cosa prestada, prefirió salvar las de su propiedad (ley 5.^a, § 4.^o, Dig. *íd.*), ó si el caso fortuito acaeció por culpa del comodatario ó á consecuencia de ha-

ber empleado la cosa en uso distinto del que formaba el objeto del contrato (leyes 5.^a, §§ 4, 7 y 8, y 8.^a Dig. íd.)

Poniendo en parangón el Código con el Derecho romano no vemos que exista contradicción entre sus prescripciones. Tanto por el primero como por el segundo, habiéndose entregado la cosa con tasación, de su pérdida por caso fortuito responde el comodatario, satisfaciendo el precio, y si no medió tasación y hubo culpa, ó se destinó la cosa á uso distinto del de su naturaleza ó del objeto del contrato, también responde aquél de dicha pérdida; lo que hay es que el Derecho romano es mucho más explicativo que el Código al tratar de las obligaciones del comodatario, teniendo que ser suplidas por las generales de la contratación y, en defecto, por los principios del derecho.

El comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan á la cosa prestada por el solo efecto del uso y sin culpa suya (artículo 1.746). No maleficia quien usa de su derecho, y como el comodatario tiene derecho al uso, no habiendo culpa por su parte, queda exento de tal responsabilidad, y así lo prescribe la ley 23 Dig. íd. y las leyes 11, 12 y 20 de que los deterioros ó pérdidas acaecidos á la muerte de la persona encargada de devolver la cosa á su propietario, son de la responsabilidad del comodatario, si no se hubiese valido de sujeto de su confianza; pero queda libre de ella si hubiese entregado la cosa á la persona comisionada expresamente por el propietario para recibirla, no si el encargo del enviado fué meramente pedir la devolución.

El comodatario no puede retener la cosa prestada á pretexto de que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas: artículo 1.747 con precedentes en la ley 4.^a, tít. 23, lib. 4.^o del Código romano, siendo de citar la Sent. de 21 de Marzo de 1895, que, aún cuando aplicó la ley 9.^a, tít. 11 de la Part. V, los fundamentos en que descansa son los mismos del Código. Este, pues, no concede al depositario el *JUS RETENTIONIS*; no puede retener la cosa á pretexto de que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas en la misma; lo que tenga que reclamar hágalo en vía y forma de derecho, no administrándose por sí la justicia. Corresponde ese precepto del Código á las leyes 15 y 16 Dig. íd., las cuales añaden que el comodatario debe devolver la cosa á su dueño, sin que pueda pretextar que este último no tiene tal carácter; devolución que puede verificar aún antes del tiempo convenido pero, sí en el lugar señalado, sin que ello implique novación de contrato.

Todos los comodatarios á quienes se presta la cosa conjuntamente, responden *IN SOLIDUM*: art. 1.748, con precedentes en las leyes 5.^a, 6.^a, 7.^a, 3.^a y 17 Dig. *id.*, según las cuales, cuando una cosa indivisible hubiese sido prestada á dos ó más, todos están obligados solidariamente á verificar la restitución. Los herederos del comodatario solo son responsables en proporción á su parte hereditaria, á menos que, reconvenido uno de ellos, pueda restituir enteramente la otra, ó la posea por hechos propios.

El Código no distingue si la cosa es divisible ó indivisible, y al establecer la responsabilidad solidaria, distinta de la mancomunada simple que determinó la ley 5.^a, tít. 2.^o de la Part. V, ha seguido el comentario de Ulpiano al edicto de un pretor, para garantizar eficazmente los derechos del comodante.

Respecto de las obligaciones del comodante, no puede reclamar la cosa sino después de concluído el uso para que la prestó; sin embargo, si antes de estos plazos tuviere urgente necesidad de ella, podrá pedir su restitución: art. 1.749, informado en dos principios: uno de estricto derecho, y otro de equidad. En cuanto al primero, el comodato se establece para el uso de la cosa; el uso es el supuesto del mismo, y mientras no termine no hay derecho á reclamarla para que se perjudique al comodatario; pero esta rigidez no puede prevalecer en absoluto, y la equidad demanda que si el depositante necesita urgentemente de la cosa, pueda pedir su restitución, ya que él es el dueño de ella, pues la caridad bien entendida empieza por uno mismo. Ese precepto del Código tiene su precedente en la ley 17, tít. 6.^o, lib. 13 del Digesto que contiene una de las más bellas sentencias de Paulo. La urgente necesidad á que el art. 1.749 se refiere, es materia de prueba, y si al comodatario le constaba, á pesar de lo cual no devolvió la cosa pedida por su dueño, creemos que, no procediendo de buena fe, debe indemnizar de los perjuicios que á éste se le hayan irrogado.

Si no se pactó la duración del contrato, ni el uso á que debía destinarse la cosa y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla á su voluntad. En caso de duda incumbe la prueba al comodatario; art. 1.750, que no encaja, ciertamente, en la sección donde se trata de las obligaciones del comodante, porque, lejos de regular esto, lo que hace es determinar los casos en que procede la restitución de la cosa, por este orden: 1.^o Por virtud del pacto que hubiese fijado la duración, que es ley para los contratantes; 2.^o El uso de la cosa prestada, porque acerca

de él versa el comodato, y 3.º En defecto del uso de destino, el que determine la costumbre de la tierra. Faltando estos tres casos, es cuando el depositante puede reclamar la cosa á su voluntad. Quien ha de probar que se pactó la duración ó que se determinó el uso de la cosa ó que, en defecto, existe costumbre de la tierra, es el comodatario, precisamente porque saca provecho de la cosa, mejor, es el favorecido con el contrato.

Ese art. 1.750 tiene sus precedentes en el tít. 26, lib. 45 del Digesto, donde se establece la diferencia entre el comodato y el precario.

El comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro: art. 1.851, con el cual no corresponde textualmente la ley 18, tít. 6.º, lib. 13 del Digesto, prescriptiva de que el comodante debe satisfacer los gastos extraordinarios de alguna cuantía que hubiese hecho el comodatario para la conservación de la cosa ó para librarla de un grave deterioro imprevisto. Los gastos ordinarios y los de manutención, con respecto á los animales prestados, son de cargo del comodatario.

Si bien se mira, no existe substancial discrepancia entre el Código y el Digesto. Puesto que el comodante continúa siendo dueño de la cosa, debe satisfacer los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la misma; pero mal puede verificarlo si el comodatario no se lo hace saber. El Digesto impone esa obligación de satisfacer los gastos también al comodante; pero han de ser de alguna cuantía; más que satisfacerlos es reintegrar al comodatario de los que hubiere hecho, tanto para la conservación de la cosa, como para librarla de un grave deterioro imprevisto. Ese deber del comodante lo funda Gayo en un motivo racional, *JUXTA CAUSA NATURALITATIONE*, en tanto que Paulo lo halla en la equidad, y claro que, constituyendo esto un cuasi contrato, pues si el comodatario hace los gastos extraordinarios de alguna cuantía para la conservación de la cosa en interés del comodante, muy justo es que éste se los reintegre. Preferimos al texto del Digesto, que ha dado lugar á empeñadas discusiones, el del art. 1.751. El comodatario no debe hacer por sí los gastos extraordinarios, si antes no lo pone en conocimiento del comodante, porque como éste se los ha de reintegrar, es muy natural que sepa por qué y cómo se hacen; pero

puede haber urgencia en ello, y sin esperar al resultado del aviso que, en todo caso, debe darse, puede el comodatario hacer esos gastos para que no peligre la cosa, suponiéndose, en este caso, el consentimiento presunto del comodante y á reserva de ver y discutir si el comodatario hizo buen uso de la obligación que en ese caso de urgencia le impone el art. 1.751. Claro está que si los gastos no son extraordinarios, el comodante no carga con ellos, como tampoco los de manutención, tratándose de animales, pues éstos corresponde satisfacerlos al comodatario, por ser inherentes al uso. Se entiende todo esto salvo estipulación en contrario.

El comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiese hecho saber al comodatario, responderá á éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido: art. 1.572, parejo de las leyes 17 y 22 Dig. íd., de que el comodante es responsable de los daños y perjuicios resultantes de vicio de la cosa prestada, si, sabiéndolos, no los advirtió al comodatario: QUI SCIENS VASA VITIOSA COMMODAVIT, SI IBI INFUSUM VINUM, VEL OLEUM CORRUPTUM EFFUSUMVE EST, CONDENAMDUS EO NOMINE EST (§ 3.º ley citada).

Para terminar, citaremos las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 23 Dig., de que la responsabilidad dimanante de la conservación y restitución de la cosa no existe si el comodato se ha verificado á favor del impúber ó del falto de juicio, aunque desaparezca la incapacidad, y solo tiene el comodante derecho á que se exhiba y restituya la cosa si aquellos la tienen en su poder y á lo que por razón de ella se hubiesen lucrado; las leyes 13 y 17 Digesto ídem, de que, si á consecuencia de robo ó pérdida de la cosa, hubiere el comodatario reintegrado su valor al comodante, vendrá éste obligado á devolvérselo todo ó en parte si recobrase aquélla, pues nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro, y la ley 18 Digesto ídem, de que comodante y comodatario pueden compensarse las cantidades que entre sí se adeuden por razón de sus respectivas obligaciones.

En Aragón, según el Fuero único DE COMODATI, si perece el animal, el comodatario está obligado á pagar al comodante el valor que éste señale bajo juramento; precepto que interpretan los fueristas en el sentido de que solo puede aplicarse habiendo culpa por parte del comodatario, aunque sea levísima.

En Navarra, en el caso de comodato de un caballo ó rocín que muera por culpa del comodatario, deberá éste pagar cien sueldos por el caballo y cincuenta por el rocín, y si la bestia prestada per-

diese un ojo ú otro miembro y el dueño no la quisiere recibir, el comodatario se quedará con ella, abonando las mismas cantidades al comodante, á menos que éste la admita con el daño, en cuyo caso recibirá cinco sueldos (cap. 1.º, tít. 10 del lib. 3.º del Fuero, que se halla en desuso y, de consiguiente, la regulación de esos daños debe hacerse por peritos).

DEL PRECARIO

En Cataluña, quien concede una cosa en precario puede exigir su devolución siempre que quiera (Decretales cap. 3.º DE PRECAR.) El precario termina por la muerte del que recibe la cosa y por enajenación de ésta (íd.) El que la recibe responde de las pérdidas ó deterioros que sufra durante el precario por dolo ó grave negligencia del mismo (leyes 4.ª y 8.ª Dig. DE PRECAR.) Los herederos responden por sus hechos ó por lo que percibieron á consecuencia del precario (ley 8.ª íd.) El verificado á favor de los menores y de otros incapaces para contratar, no surte efecto sino hasta la cantidad que conste haberse invertido en su utilidad. (Ley 4.ª Dig. DE DOL. MAL ET MET. EXCEPT.)

DEL MÚTUO

El que recibe en préstamo dinero ú otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1.753). Este contrato es unilateral, porque el único que se obliga es el prestatario, á devolver, no la misma cosa fungible cuya propiedad adquiere, sino otra de la misma especie y calidad en el plazo y lugar convenidos, y en defecto, tocante al primero, en el que determine el Juez, y respecto del segundo, donde existía la cosa determinada al tiempo de constituirse la obligación y, en otro caso, en el del domicilio del deudor, todo con arreglo á los arts. 1.128 y 1.171.

El préstamo mútuo es un contrato real, y así lo considera la ley 30 Dig. DE REB. CREDIT. que impone al mutuario la obligación de devolver la cosa si le hubiese sido entregada, pues la promesa de recibirla, así como la de dinero, no constituye esa obligación. El mutuante debe probar la entrega de la cosa ó cantidad prestada; en tér-

minos que la simple confesión por escrito del mutuario solo produce prueba suficiente, si éste ha dejado transeurrir dos años sin protestar contra la misma ó sin impugnarla; este tiempo no corre en cuanto á los menores, sino desde que cumplan los 25 años (leyes 3.^a, 5.^a, 8.^a y 14 Cód. DE NON NUMERATA PECUNIA, 2.^a Cód. IN QUIB. CAUS. IN REST. NEV. NON EST.; ley 1.^a Dig. EX QUIB. CAUS. MAJ.)

Esa acción NON NUMERATA PECUNIA ó de dinero «non contado», como la llaman las Partidas, deducible dentro del bienio legal, supone que entre demandante y demandado hubo préstamo, y no cuando la Sala sentenciadora no lo estima así, apreciando los hechos (sent. 3 Marzo 1876), acción que, si continúa establecida y utilizable en Cataluña y Navarra, donde rige el Derecho romano, no la concede el Código.

Siguiendo el estudio del Derecho romano, cúmplenos citar las leyes 9.^a, 10 y 11 Dig. DE REB. CRED., de que la entrega de una cosa fungible hecha con el objeto de que quien la reciba pueda enajenarla y utilizarse de su precio ó del depósito de la misma, con la facultad de poderla consumir el depositario si la necesita, tienen el carácter de mútuo, si se usa de esos derechos, pues efectuada la entrega de la cosa, queda ésta de cuenta y riesgo del mutuario, si á su ruego y para su utilidad se hubiese verificado el contrato. También es de citar la Instit., § 2.^o, QUIB. ALIEN. LICET., de que los préstamos hechos por los pupilos sin la autorización de sus tutores ó curadores, solo quedan perfeccionados desde el momento en que ha sido entregada y consumida la cosa.

Establece el mútuo ó préstamo de consumo una relación jurídica y, como tal, tiene sus elementos personales y reales. Respecto de los primeros, los contratantes deben tener capacidad legal; el mutuante, porque transmite la propiedad de la cosa; y el mutuario, porque se obliga á devolver otra de la misma especie y calidad. Las reglas relativas á la capacidad del primero son las generales de la contratación (Veáse el cap. I), debiendo añadir, que, según prescribe el art. 269, el tutor necesita autorización del consejo de familia para celebrar este contrato en nombre del tutelado. Y tocante á la capacidad del mutuario, ni los menores emancipados, ni los habilitados de edad, ni los casados menores de 23 años y mayores de 18, pueden tomar dinero á préstamo sin el consentimiento de las personas señaladas en los arts. 59 y 317. Y con tal prevención se han tomado los préstamos contraídos por los sometidos á patria potestad, que los prohibió el Senado-consulto Macedoniano, que niega la acción del

mutuante, no solo contra el hijo ó hija, aún fuera de la patria potestad, por muerte del ascendiente ó por la emancipación, sino contra el padre, los tuviere ó no todavía bajo su poder; Senado-consulta ese vigente en Cataluña y Navarra, encaminado á cortar los males que con tales préstamos se hacían abusando de la inexperiencia de los hijos de familia y estimulando sus vicios y despilfarros; en suma, que el menor de 25 años, de cualquier condición que sea, no puede en Cataluña, ni en Navarra, tomar dinero ó préstamo, y si de hecho se otorgase, sea habido por nulo; y no se puede juzgar por él á menos, como dice dicha ley romana, que se hubiese verificado con expreso consentimiento y firma de su padre.

Respecto á la capacidad de la mujer casada, tenemos que el Senado-consulta Veleyano le prohibió obligarse por otro. La Auténtica *SI QUA MULLER*, que es el cap. 8.º de la Novela CXXXIV, reproducido á continuación de la ley 22 Cód., prohibió que la mujer pudiese garantizar ni con su persona, ni con sus bienes las deudas de su marido, á no ser que el dinero por éste recibido se invirtiese en utilidad de la misma (Veáse lo que hemos dicho en el cap. I de este tomo al hablar de la capacidad para contratar). El Derecho de Barcelona y el de Tortosa están discordes en orden al valor de la renuncia de esos beneficios, pues mientras el primero no le da eficacia, el segundo se la atribuye hasta admitir la fianza constituída por la mujer mayor de edad en favor de su marido, aunque no renuncie al beneficio Veleyano (Cost. de Tort. lib. 4, rúb. 7.^a) D. Jaime II, en su Pragmática de 31 de Mayo de 1302 prohibió á los Notarios, bajo pena de pérdida de su oficio, la autorización de los contratos de mútuo, depósito ó comanda, en que interviniese juramento, cuya disposición no era aplicable á la fianza jurada de la mujer por su marido, ni al juramento de los menores púberes en los contratos que celebrasen, aclarado esto por la Pragmática de dicho rey del mismo año (Const. de Cat., ley 2.^a, tít. 4.º lib., 4.º, vol. 2.º) La Dirección de los Registros en Res. de 18 de Marzo de 1897, estimó renunciabile el beneficio del Senado-consulta Veleyano, y consideró irrenunciabile la Auténtica *SI QUA MULLIER* en Resoluciones de 26 de Abril de 1894 y 18 de Marzo de 1896; este es el sentir de Mackeldey y de Maynz, cuyos tratadistas opinan que el Senado-consulta Veleyano es irrenunciabile *AB INITIO*, pero puede serlo *EX POST FACTO*.

Conforme con el cap. 48 del *RECOGNOVERUNT PRÓCERES*, que forma parte del Derecho municipal de Barcelona y demás poblaciones á donde se hizo extensivo, la mujer que se obliga con su mari-

do en el contrato de mútuo no tiene que pagar mientras el marido posea bienes con que hacerlo; siendo éste insolvente, debe satisfacer la mitad de la deuda, sin que pueda tener aplicación al caso del recurso la Auténtica *SI QUA MULLIER*, que declara nula toda obligación de la mujer en favor de su marido (Sent. 8 Mayo 1873).

Respecto al elemento real del mútuo, ya hemos dicho que ha de consistir en cosas fungibles, en dinero ó en una cantidad de metal no amonedado (arts. 1.753 y 1.754). En Cataluña, según Durán y Bas, es una forma del mútuo la de restituir en grano, al tiempo de la cosecha, el dinero recibido á préstamo; si no se ha fijado precio al fruto, debe calcularse por el corriente en la plaza de la cabeza de partido en los quince días anteriores ó posteriores al ocho de Septiembre, Natividad de Nuestra Señora (Pragmática de 11 de Julio de 1765, art. 8.º)

La obligación del que toma dinero á préstamo se rige por lo dispuesto en el art. 1.170 del Código. Si consiste en otra cosa fungible ó en una cantidad de metal no amonedado, puesto que no se presta dinero, sino una mercancía que la hace suya el mutuario, éste debe devolver una cantidad igual á la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio; de manera que corren de su cuenta el beneficio y el quebranto ante el principio *NON CORPORA QUIS COGITAT SED QUAMTITATEM*. Precedentes de dicho artículo del Código los hallamos en las leyes 2.ª y 22 Dig. DE REB. CRED. El mutuario de dinero no viene obligado á restituir las mismas monedas á no ser que se perjudique al prestador (leyes 99 Digesto DE SOLUT. y 65 DE VERB. OBLIG.)

No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado (art. 1.555). El mútuo es de esencia gratuito, pero esto no impide que pueda estipularse interés; esto fué condenado por los moralistas, quienes dijeron que *PECUNIA NON PARIT PECUNIA* y solo lo permitían en los préstamos de ostentación para castigar la suntuosidad. Justiniano estableció una escala gradual de interés, basada en la dignidad de la persona, cuyos límites variaban del 4 al 12 por 100; con esto se separó de lo dispuesto por Constantino y Teodosio el Grande, que la fijaron en un 50 por 100 tratándose de préstamos de frutos y en el 12 en el de dinero. Para burlar las leyes que condenaban la usura, ideáronse los pactos llamados *MOHATRAS* y *TRAPAZAS*, por virtud de los cuales se obligaba el deudor á pagar el doble ó el triplo de la cantidad recibida ó se compraba al fiado por mucho más valor de lo que valía la cosa, ó se vendía al contado por

el tercio de su valor, dando lugar esto último á las ventas á carta de gracia, y se introdujo el contrato llamado *trino*, del cual nos hemos ocupado al hablar del de sociedad, en el que se reunieron, en un pacto usurario, el seguro y la venta, hasta que, por fin, triunfó la escuela económica, proclamadora de la libertad en la estipulación de intereses, cuyos principios encarnaron en la ley de 14 de Marzo de 1856; y como se ha venido haciendo grande abuso de esa libertad, convertida en medio de explotación indigna al servicio de usureros despiadados, ha habido necesidad de dar la ley de Anulabilidad de los préstamos de 23 de Julio de 1908, inspirada en un sentido ético altamente plausible. De todo esto nos hemos ocupado en la página 336 y siguientes del tomo segundo.

El pacto de *anatocismo* ó sea aquel por el cual el interés devenga interés, no es ilegal, y así se declaró en Res. de 16 de Octubre de 1908 apoyada en la Sent. de 6 de Febrero de 1906.

El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados no puede reclamarlos ni imputarlos al capital (art. 1.756), porque ese pago supone una convención tácita que, cumplida voluntariamente por el deudor, le imposibilita invalidarla, ya que no debe volver contra sus propios actos.

Los establecimientos de préstamos sobre prendas quedan además sujetos á los reglamentos que les conciernen (art. 1.577), pues el Gobierno debe ejercer sobre ellos la alta inspección, dando medidas encaminadas á cortar la usura, como las que se han venido dando con tan saludable objeto, de unos años á esta parte.

En Aragón, la forma principal de acreditar el préstamo mútuo es la escritura pública (Fuero 4.º DE FIDE INSTRUMENTORUM y Ob. 17 DE PROBATIONIBUS). Confesada la deuda en esa forma, aunque no se manifieste la causa de deber, el mutuario deberá pagarla, sin que pueda alegar la excepción NON NUMERATA PECUNIA (Ob. 6.ª DE CONFESIS). Como quiera que el Código obliga en aquel reino y ha proscrito en absoluto tal excepción, creemos que ésta en ningún caso puede prevalecer.

DEL DEPÓSITO

Philiphis incluye este contrato, al igual que la donación, el préstamo mútuo, el comodato y el mandato, en el grupo de los de beneficencia. Fué llamado *condesijo* por las Partidas, palabra tomada del

verbo CONDESSAR, que equivale á dar en guarda ó garantía. Según Ulpiano, tiene su etimología en la latina PONERE que, precedida de la partícula DE, y significa la fe ciega y confianza plena con que el depositante entrega su cosa á la seguridad y celo del depositario. Es un contrato real, por lo general gratuito, mediante el que una persona se obliga á devolver á la otra la cosa que le entrega en guarda. El depositario no tiene la representación del depositante y en esto se diferencia el depósito del mandato; su finalidad, como dice Pothier, es la custodia y conservación de la cosa; esto no empece para que el mandatario tenga también esta obligación, pero no como fin primordial del contrato, sino con carácter accesorio.

Se clasifica en judicial ó secuestro y extrajudicial; este último se subdivide en voluntario y necesario ó *miserable*; también se divide en regular é irregular, expreso, tácito, presunto, legal y especial.

Estudiando su naturaleza vemos que es real, porque si al depositario no se le entrega la cosa, ni tiene obligación de guardarla, ni de restituirla; es unilateral, por cuanto el obligado es el depositario, lo cual no empece para que el depositante tenga obligación de remunerar, si así se hubiese estipulado, ó por lo que prescriba la ley, en cuyo caso tiene carácter bilateral. El depósito produce sus efectos jurídicos desde que el depositario recibe la cosa (Sent. de 21 de Mayo de 1896.)

La ley 1.^a Dig. DE DEPOSIT. y la 186 Dig. DE VERB. SIGNIF. definen el depósito como un contrato por virtud del que se recibe una cosa ajena en custodia, con obligación de devolverla al propietario cuando la pida, y añade la primera de aquéllas que el depósito propiamente tal exige que la cosa sea mueble, y que, siendo inmueble, el contrato se llama secuestro. Es de esencia el que sea gratuito, pues si para la custodia de alguna cosa media retribución, el contrato tiene la naturaleza de arrendamiento de servicios y se rige por sus reglas (ley 1.^a antes citada), quedando consumado el depósito mediante la entrega real ó fingida de la cosa (ley 27 Dig. DE DEPOSIT.) La entrega puede hacerse á la persona que el depositario designe y, una vez verificada, se entiende de cuenta y bajo la responsabilidad del mismo; sin que el simple consejo dado por la persona á quien se pide la recepción de un depósito para que éste lo confíe á otro, produzca responsabilidad alguna (ley 8.^a Dig. DE MAND.; ley 1.^a íd. DE DEPOSIT.) El objeto del depósito es la custodia de la cosa, y cuando ésta se entrega por virtud de otro contrato, sus efectos se determinarán por las reglas que le sean particulares.

Si guiendo el estudio del Derecho romano, son de citar: la misma ley 1.^a Dig., íd. de que no altera la naturaleza del depósito la circunstancia de que después de su celebración se haya autorizado al depositario para servirse de la cosa; pero, una vez que se ha hecho este uso, el contrato toma el carácter de préstamo; las leyes 15 y 31 Digesto de que es también de esencia en el depósito que la cosa no pertenezca al depositario, pues desde el momento en que esto resulta, cesan los efectos de tal contrato; y la ley 17 Dig. íd. de que el depositante conserva la propiedad y posesión de la cosa depositada, y las leyes 1.^a y 30 que clasifican el depósito en voluntario y necesario ó judicial.

En Aragón, el depósito de dinero contado (*comanda*), se prueba únicamente por escritura pública; si fuere de dinero no contado ó de cualquiera otra especie se puede probar testificalmente (Ob. 17 DE PROBATIONIBUS). Como quiera que la ley de Enjuiciamiento civil es obligatoria en toda España y á los Tribunales incumbe apreciar la prueba de los hechos objeto de pleito, creemos que, por pugnar con ella y por referirse á materia de procedimiento, no puede prevalecer dicha observancia y, de consiguiente, demostrada la existencia del depósito, conste ó no en un documento público, el depositario viene obligado á devolver la cosa, so pena de incurrir, no solo en la responsabilidad civil, si que en la penal, propia del delito de estafa (n.^o 5.^o del art. 548 del Código penal).

El Código, en su art. 1.760, al disponer que el depósito es un contrato gratuito, salvo prueba en contrario, se ha separado de la ley romana que exige la nota de gratuidad.

Además del depósito voluntario y judicial hay otros que dimanán de un precepto legal, de los que tratan los arts. 257, 445, 494, 1.355, 1.388 y 1.444; el que se refiere á los bienes de los hijos; el exigido para interponer el recurso de casación, y el que deben constituir los que tomen parte en las subastas judiciales y administrativas.

Depósito voluntario

Es aquél en que se hace la entrega de la cosa por voluntad del depositante. También puede hacerse por dos ó más personas que se crean con derecho á la cosa depositada en un tercero, que hará entrega en su caso á la que le corresponda (art. 1.763); es, como dice el Derecho romano, el que se hace fuera de una necesidad fatal,

y lo definen las leyes 1.^a y 30 Dig. DE DEPOSIT., diciendo, que es el que tiene lugar por el mútuo consentimiento de las partes contratantes y solo pueden celebrarlo los que sean capaces para contratar. Según el Código, no es preciso que los depositantes sean dueños de la cosa, porque pueden depositarla en un tercero los que se crean con derecho á ella, para que éste la entregue, en su caso, á la que corresponda.

Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otro incapaz, queda sujeta á todas las obligaciones del depositario y puede ser obligada á la devolución por el tutor, curador (la palabra curador es un LAPSUS CALAMI en que incurre el art. 1.764, puesto que la curatela ha desaparecido) ó administrador de la persona que hizo el depósito ó por esta misma si llega á tener capacidad. De consiguiente, si el depositario es capaz de contratar, es válido el depósito; lo que hay es que, por el depositante incapaz pueden pedir la devolución de la cosa sus representantes legales, ó él mismo, en el caso de que llegue á tener capacidad.

El art. 1.765 presenta una situación contraria á la del 1.764, que dejamos estudiado. Si el depositario es incapaz, el depositante solo tendrá acción para reivindicar la cosa mientras exista en poder de aquél; no pudiéndola recuperar, puede exigir que ese depositario incapaz le abone la cantidad en que se hubiere enriquecido con la cosa ó con el precio; esto se funda en la máxima del Digesto IM PUPILLUM ACTIO DEPOSITI DATUR IN QUANTUM LOCUPLETIOR FACTUS EST. El art. 1.765 corresponde á la ley 1.^a Dig. íd. de que el depósito verificado en poder de persona inhábil solo da derecho á la vindicación de la cosa que se le hubiese entregado mientras exista en su poder, ó á la restitución de lo que por razón de la misma hubiese lucrado. No obstante, añade la ley 19 Dig. DE REG. JUR., si el incapaz de contratar procede con dolo será responsable de todas las consecuencias del mismo; y es claro, porque el dolo en ningún caso releva á quien lo produce de la obligación de indemnizar tanto aplicando el art. 1.765 como el 1.764.

Tratándose de depósito constituido por un incapaz, el depositario tiene derecho á la indemnización de los gastos verificados en provecho y en beneficio del mismo, ejercitando la acción IN REM VERSO; si bien el Código no lo prescribe, tiene por apoyo la equidad. Ese art. 1.764 descansa en el texto del título 21 lib. 1.^o de las Instituciones: QUI CUM HIS CONTRAHUNT OBLIGANTUR AT IN VICEM PUPILLI NON OBLIGANTUR.

El depositario está obligado á guardar la cosa y á restituirla, cuando le sea pedida al depositante ó á la persona que hubiese sido designada en el contrato (art. 1.766 que corresponde á las leyes 1.^a Dig. DE DEPOSIT. y, 186 Dig. DE VERB. SIGNIF., de las cuales nos hemos ocupado, y ley 1.^a Dig. íd., añadiendo esta última que el depositario debe devolver la cosa en el estado en que se halle luego que el depositante la reclame, y que los deterioros y la extinción ó pérdida que haya sufrido aquélla solo son de su responsabilidad cuando se hubiesen causado por su dolo ó grave negligencia.

Parangonando el Derecho romano con el Código, vemos que, según el primero, el depositante ha de ser dueño de la cosa y, por tanto, reclamada que sea al depositario, éste se la tiene que devolver; mientras que, por el segundo, pueden constituir el depósito, no solo los dueños de la cosa, sino los que se crean con derecho á ésta y, de consiguiente, el depositario tiene que entregarla, según los casos, al depositante, á sus causahabientes ó á la persona designada en el contrato ó á la que corresponda, pues el art. 1.766 debe ser relacionado con el 1.763.

La guarda es la primera obligación del depositario, y tanto su responsabilidad respecto de ella, como por la pérdida de la misma, aparece definida en los arts. del 1.101 al 1.108, con arreglo á los cuales, mejor, su doctrina, hecha aplicación á este contrato, el depositario es responsable del dolo y de la culpa; ésta, según Gutiérrez, debe ser la leve, porque el depositante, al elegir al depositario, habrá tenido muy en cuenta el cuidado que éste acostumbra á poner en sus cosas. Pero cabe la agravación de la responsabilidad, no en el caso de que del depositario haya partido el deseo de recibir la cosa en custodia, pues entonces debe también prestarse la culpa leve, sino cuando las partes lo hayan establecido, pues pueden haber exigido el cuidado que presta un padre de familia diligentísimo, á lo cual corresponde la prestación de la culpa levísima, y también si el depósito es remunerado, pues, como dice Ulpiano, *IN DEPOSITO DOLUS PRESTATUR NISI FORTE ET MERCES ACCESIT, TUNUNC ETIAM CULPA EXTINGUITUR*. Asimismo, también cabe esa agravación de responsabilidad por mora del depositario, sin que le pueda eximir el caso fortuito. Hubiera devuelto la cosa á su tiempo y no habría acaecido el daño ú, ocurrido, cargaría con él el dueño de la misma. Tratándose de depósitos constituidos en el Banco de España, Hipotecario, Caja general de depósitos, etc., se ha de atender á lo prescrito en sus reglamentos, en orden á la graduación de su responsabilidad.

Si la cosa se ha de devolver á los herederos del depositante, y en el supuesto de que sea divisible, cada uno de éstos percibirá su parte; en otro caso deben designar persona á la cual se ha de entregar y, en defecto de acuerdo, los Tribunales serán los llamados á decidir á quién de ellos debe hacerse la devolución.

Es de citar la siguiente jurisprudencia: No infringe el artículo 1.766 la sentencia que declara la irresponsabilidad del Banco de España, por la devolución de un depósito á la misma persona que lo hizo y con el carácter que ostentara al constituirlo, no teniendo noticia en contrario y ajustándose, además, á las prescripciones de su reglamento, ley para las partes (Sent. 13 Noviembre de 1901). Habiéndose probado en el pleito la existencia de la fuerza mayor, el depositario queda libre de responsabilidad (Sent. 8 Junio 1903).

El depositario no puede servirse de la cosa sin permiso expreso del depositante. En caso contrario responderá de los daños y perjuicios (art. 1.767, con precedentes en las leyes 10, tít. 1.º, 1.ª, título 3.º y 31, tít. 2.º de los libros 12, 19 y 16 del Digesto, cuyo fundamento no es otro que la misma naturaleza del depósito; éste no es un préstamo de uso ó comodato; constituye su economía la guarda y custodia de la cosa, de la cual no debe usar el depositario, so pena de responder de los daños y perjuicios. El simple uso, sin permiso expreso del depositante, constituye solo una transgresión del orden civil y no el delito de estafa; más aún: la simple demora en la entrega de un depósito no revela la apropiación ó distracción de fondos y, de consiguiente, no constituye aquel delito (Sents. 24 Noviembre de 1886 y 26 Diciembre de 1890).

El depositante puede dar permiso expreso al depositario para que se sirva de la cosa; en este caso toma el carácter de préstamo, según la ley 1.ª Dig. DE DEPOSIT. Si en vez de autorizar el depositante al depositario para que use, le faculta para que disponga de la cosa, se atenta también contra la naturaleza del depósito y por ésto se declaró en sent. de 7 de Octubre de 1904, que no existe incompatibilidad legal ni moral en que un depositante autorice al depositario para disponer de la cosa depositada, cuando ocurra un hecho previsto y concertado entre ellos, pues desde este momento cesan los efectos del depósito y comienzan los del contrato convenido para tal evento. Según esta doctrina, mientras el hecho previsto y concertado no ocurre, existe tal depósito, sin que el depositario pueda disponer de la cosa; pero, una vez realizado, surgen los efectos de un nuevo contrato que estaba en suspenso.

Inspirado en dichas leyes romanas está el art. 1.768 de que, cuando el depositario tiene permiso para servirse ó usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo ó comodato. El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia.

Llamábase irregular el depósito constituido en cosas fungibles, y regular el que versaba sobre las que no tenían esa naturaleza. El Código no hace semejante distinción; solo cuando media expreso consentimiento del depositante para que el depositario se sirva de la cosa pierde el contrato el concepto de depósito, puesto que desaparece su nota característica de guarda ó custodia, para convertirse, *IPSO FACTO*, en préstamo mútuo ó en comodato, según que, respectivamente, sea fungible ó no fungible; y como tal permiso hace desnaturalizar la convención jurídica, pues las cosas son como son y no como uno se las imagina, y el Derecho moderno procura huir de ficciones, debe probarse su existencia y en ningún caso presumirse.

Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada debe de restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiesen sido forzados el sello y cerradura por su culpa. Se presume ésta en el depositario, salvo prueba en contrario. En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará á la declaración del depositante, á no resultar prueba en contrario (art. 1.769) que corresponde á la ley 29, tít. 3.º, lib. 16 del Digesto: *SI SACCULUM VEL ARGENTUM SIGNATUM DEPOSUERO, ET IS, PENES QUEM DEPOSITUM FUIT, ME INVITO, CONTRACTAVERIT ET FURTI MIHI ACTIO COMPETIT.*

A esta ley del Digesto se añade, por la relación que tiene, bien que su precepto comprende todo depósito voluntario, la primera párrafo 14 *DE DEPOSIT.*, de que los fiadores del incapaz de contratar quedan siempre obligados á las resultas de tal contrato.

El precepto del Código tiene por fundamento la fidelidad del depositario para con el depositante, siendo su principal deber guardar el secreto del depósito, como dice Pothier. Desde el momento en que el depositante entrega la cosa cerrada y sellada es porque quiere que nadie se entere de su contenido y menos que se divulgue; por esto dispone la ley 1.ª *DE DEPOSIT.* que el depositario de algunos documentos debe abstenerse de divulgar ó publicar su contenido, quedando sujeto á la responsabilidad de los perjuicios que ocasionare y aún á la acción de injurias, si los hubiese verificado de mala fe para desprestigiar al depositante.

Si hubiesen sido forzados el sello ó la cerradura, se presume, en esto, la culpa del depositario, que viene obligado á indemnizar de los daños y perjuicios; pero esa presunción cede á la prueba en contrario. Y en cuanto al valor de lo depositado, como quiera que el depósito es voluntario, el depositario, al admitirlo, tiene que pasar por la declaración del depositante, á no resultar también prueba en contrario. De manera que el Código admite, en ese art. 1.769, presunciones JURIS TANTUM, atacables por prueba, en cuya apreciación los Tribunales obran como soberanos; la cosa depositada será devuelta con todos sus productos y accesiones (ap. 1.º del art. 1.770, que corresponde á la ley 1.ª § 24 Dig.) Consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el art. 1.724: § 2.º de dicho art. 1.770, que se ajusta á lo preceptuado en la ley 2.ª Dód. DE DEPOSIT., de que el depositario de una cantidad de dinero está obligado al pago de intereses, desde el día en que estuviere constituido en mora, y difiere de la ley 25 Digesto ídem, que le impone esta obligación desde el día en que, sin consentimiento del depositante, ha usado del dinero depositado, á menos que se hubiese unicamente constituido depositario del valor que éste representase (§ § 1.º y 23).

El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser propietario de la cosa depositada. Sin embargo, si llega á descubrir que la cosa ha sido ocultada y quién es su verdadero dueño, debe hacer saber á éste el depósito; y si el dueño, á pesar de esto, no reclama en el término de un mes, quedará libre de toda responsabilidad el depositario, devolviendo la cosa depositada á aquél de quien la recibió. Así lo dispone el art. 1.771 que corresponde á las leyes 1.ª y 31. lib. 16 del Digesto, con la variante de que no imponen al depositario la obligación de avisar al dueño; tenía que entregar la cosa: SI PRÆDO VEL FUR DEPOSTERINT ET HOS MARCELLUS PUTAT RECTE DEPOSITE ACTURUS. No es el depositario quien para averiguar si la cosa es ó no del depositante; el título de custodia no le da semejante derecho, pero este principio tiene que ceder á otro: el de que la cosa vuelva á su dueño, por el cual clama allí donde esté, y, descubriendo el depositario que ha sido hurtada, como esto constituye un delito perseguible de oficio, y á base de que sepa quien es el dueño de ella, condiciones conjuntas que el precepto establece, debe hacérselo saber á ese dueño para que la reclame en el término de un mes; de suerte que la obligación de ese depositario se halla en suspenso en el entretanto y, no reclamándola el tercero, queda libre

de toda responsabilidad, sin que este último pueda llamarse á engaño. Si la reclama el tercero ¿qué debe hacer el depositario? A nuestro ver, él no es el llamado á declarar el derecho de los que pretenden tenerlo, y puesto que se trata de cosa hurtada, la justicia criminal es la que debe decidir la cuestión.

¿Qué debe hacer el depositario tratándose de cosa perdida por su dueño y dada en depósito por quien la encontró? Manresa, después de dudar acerca de este punto, dice que al art. 1.771 no se le debe dar extensión por analogía, porque equivaldría á ir más allá de lo que consiente una racional exégesis. Entendemos, visto lo dispuesto en el § 2.º del art. 530 del Código penal, que castiga como reo de hurto al que, encontrándose una cosa perdida y sabiendo quien es su dueño, se la apropia con intención de lucro, que si el depositario conocía esto debe cumplir con el art. 1.771, por tratarse de cosa hurtada, frase genérica en la cual caben los tres casos señalados en el precepto penal y, sobre todo, que donde milita la misma razón debe existir idéntica disposición legal.

Cuando sean dos ó más los depositantes, si no fueren solidarios y la cosa admitiere división, no podrá pedir cada uno de ellos mas que su parte. Cuando haya solidaridad ó la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en los arts. 1.141 y 1.142. Así lo prescribe el 1.772 del Código.

Las leyes 1.ª y 25 Dig. imponen al depositario la obligación de devolver la cosa á su depositante, y, en defecto, á su heredero, á menos que el depósito se hubiese hecho en nombre y utilidad de un tercero, en cuyo caso compete á éste el derecho de instar su devolución. Pero el caso á que el precepto del Código se refiere es habiendo varios depositantes; existiendo solidaridad entre éstos y no admitiendo la cosa división, cualquiera de ellos puede reclamarla, porque cada depositante obra por sí y lleva la representación del otro, pero no existiendo solidaridad en los depositantes y aún habiéndola, si la cosa admitiere división, debe entregarse á cada uno su parte, que es precisamente lo dispuesto en la ley 1.ª, § 44 Dig. íd., la cual dice que, verificado el depósito por dos personas, si ambas instan su restitución, solo estará obligado el depositario á entregar á cada una su parte, aún cuando se hubiese convenido que cualquiera de ellas pudiese pedir el todo.

Cuando el depositante pierde, después de hacer el depósito, su capacidad para contratar, no puede devolverse el depósito si no á los que tengan la administración de sus bienes y derechos (artículo

1.773), y se explica, porque la extinción de ese contrato, con la devolución de la cosa, exige que quien la reciba pueda librar de responsabilidad á quien se la entrega, y mal pueden hacerlo los que carecen de la *FACULTAS AGENDI*, habiéndose declarado en Sent. de 21 de Marzo de 1901 que, para la efectividad de los derechos á la devolución del depósito, correspondientes á la persona que adquiriera ó recobre su capacidad, es precisa la notificación de esto al depositario, el cual, si devuelve la cosa al depositante, subsistiendo el concepto con que la depositó, estará libre de toda responsabilidad.

Cuando al hacerse el depósito se designó lugar para la devolución, el depositario debe llevar á él la cosa depositada, pero los gastos que ocasione la traslación, serán de cargo del depositante. Así lo prescribe el primer apartado del art. 1.774, que corresponde á la ley 12, Dig. DE DEPOSIT. y tiene por fundamento el viejo apotegma *ET OFFICIUM SUUM NEMINI DEBETESSE DAMNOSUM*. Añade dicho artículo 1.774 que, no habiéndose designado lugar para la devolución, deberá ésta hacerse en el que se halla la cosa depositada, aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal de que no haya intervenido malicia de parte del depositario. Esto tiene parecido á lo que prescribe dicha ley romana, de que, no mediando convenio, debe devolverse la cosa en el lugar en que se halle en el día de la reclamación, á menos que se hubiese trasladado á él con dolo. El depositante—añade—podrá, sin embargo, pedir que se verifique la entrega en lugar distinto, corriendo de su cargo los gastos y riesgos del transporte.

El depósito debe ser restituído al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo ó tiempo determinado para la devolución; esto no tendrá lugar cuando judicialmente haya sido embargado el depósito en poder del depositario ó se haya notificado á éste la oposición de un tercero á la restitución ó traslación de la cosa depositada (art. 1.775 del Código, que corresponde á las leyes 1.^a y 25 Dig. y ley 8.^a Cód. DE DEPOSIT.)

Por la relación que guardan con lo arriba dicho, son de consignar los siguientes textos: Presentándose alguno de los herederos del depositante á reclamar la cosa, si ésta es indivisible deberá entregársela prestando fianza idónea para la seguridad de la parte tocante á los demás coherederos. No cumpliendo con este requisito, el reclamante solo podrá pedir la traslación de la cosa á una depositaria pública (leyes 2.^a, 36 y 14 Dig. *íd.*) Si aquélla fuere divisible, se entregará al coheredero la porción que le corresponda, según su

parte hereditaria, quedando custodiado el resto en poder del depositario ó, si no quiere admitirlo, en una depositaria pública. Si las cosas depositadas estuviesen en cofres cerrados ó bajo sellos, se abrirán éstos con autorización del Juez y en presencia de testigos, y delante de todos volverán á cerrarse ó sellarse, después de extraída la porción correspondiente al heredero reclamante (ley 1.^a § 36 Digesto ídem).

Mediando litigio acerca de la sucesión del depositante, deberá entregarse la cosa á aquél de los contendientes que afiance al depositario las resultas de aquél. No prestando ninguno de ellos dicha seguridad, solo podrán instar la traslación de la cosa á una depositaria pública (ley 1.^a § 47 Dig. íd.) El depositario que entregare un depósito á uno de los coherederos sin la concurrencia de los demás, ó á persona á quien creía autorizada para recibirlo, no incurre en responsabilidad, no mediando dolo por su parte (leyes 1.^a § 32 Dig. íd. y 8.^a § 4.^o Dig. DE SOLUT.)

El depositario debe devolver la cosa sin causar estorsión alguna al depositante. En caso de haber mediado ésta, procederá su repetición (ley 8.^o citada id.) Para la restitución del depósito, además de la acción proveniente de este contrato, puede usarse de la vindicativa, de la que sirva para lograr la exhibición de la cosa, y aún de la acción de hurto, si el depositario se ha apropiado ó usado la cosa sin voluntad de su dueño (ley 1.^a Cód. íd.)

La devolución del depósito no puede demorarse ni en virtud de compensación ni de cualquiera otra reclamación que contra el depositante tenga el depositario (ley 11 Cód. íd., DECRET. cap. 2.^o íd.) La restitución del depósito en los concursos de acreedores debe detraerse de los bienes repartibles (leyes 7.^a y 8.^a, § 2.^o Dig. íd.)

En Aragón no queda relevado el depositario de la obligación de devolver la cosa depositada cuando se le reclame, aunque el depositante resulte deudor suyo por otro concepto, ni por la ausencia por causa pública, y si fuese requerido para la devolución y no compareciere se le venderán judicialmente bienes bastantes para satisfacer el depósito (Fuero 1.^o DE DEPÓSITO y Observancias 3.^a DE PRIVILEGIO ABSENTIUM CAUSA RESPUBLICÆ y 16 DE CONTUMATIA).

En Navarra, el depositario no puede resistir la devolución del depósito cuando se le reclame, so pretexto de retención ó compensación (cap. 1, tít. XVI, lib. 3.^o del Fuero), ni puede tampoco constituir en prenda la cosa depositada (cap. 2.^o, tít. 11, lib. 3.^o del Fuero). El depositario de cosa mueble no es responsable de ella, cuando se

pierde por algún caso fortuito, como incendio, inundación ó fuerza mayor, robo con quebrantamiento de pared ó de tejado, y siempre que en el mismo acto se roben cosas pertenecientes al depositario; pero sí será responsable cuando la sustracción se haya verificado entrando los ladrones por la puerta ó sin violencia ni fractura, hecho que supone negligencia á él imputable (cap. 1.º, tít. 16, lib. 3 del Fuero).

Y volviendo á Cataluña, según las leyes 5.ª y 23 Dig. DE DEPOSIT., 6.ª, § 5.º íd. DE FURTIS y 31 íd. DE PIGN. AUT., el depositante debe reintegrar al depositario los gastos y perjuicios que, por razón de la custodia y vicios de la cosa, hubiese sufrido.

Dispone el art. 1.776 que el depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito podrá, aún antes del término designado, restituirlo al depositante y si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación. Esto se halla informado en el principio *AQUIUES EST NEMINI OFFICIUM SUUM QUOD EJUS CUM QUO CONRAXERIT NON ETIAM SUI COMMODICAUSA SUSCEPERIT, DAMNOSUM ESSE* y mantiene relación con las leyes 5.ª, tít. 3.º, lib. 16 y 61, título 2.º, lib. 47 del Digesto; habiendo recaído la Sent. de 3 de Octubre de 1902, de que no puede hacerse la renuncia por la libre voluntad del depositario (éste se debe á los términos del contrato, uno de ellos el plazo fijado para la devolución de la cosa) sin previa justificación de los motivos. No son legítimos aquellos que, conocidos por los interesados al aceptar el cargo, no se alegaron oportunamente, ni aún la falta de salud, cuando no se aduce en tiempo debido.

El depositario que, por fuerza mayor, hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado á entregar ésta al depositante (art. 1.777). El depositante conserva la propiedad de la cosa, y es quien debe reclamarla allí donde esté, pues el depositario no tiene mas que su custodia. Al decir esto nos separamos de la opinión de Manresa, de que el depositante podrá exigir al depositario la acción para reclamar la cosa, y nos fundamos en que, siendo la acción real, compete al dueño de aquélla, nunca al depositario, quien mal puede ceder lo que no tiene; perdida la cosa, no puede reclamarla. Si hubiese recibido otra en lugar de la perdida por fuerza mayor, (no por otra causa, pues al precepto debe dársele interpretación estricta), es cuando no tiene responsabilidad y debe entregar al depositante aquella que hubiese recibido como sustitutiva de la perdida. Si la pérdida obedece á dolo ó culpa del depositario viene éste obligado á indemnizar de perjuicios al depositante.

El heredero del depositario que, de buena fe, haya vendido la

cosa que ignoraba estar depositada, solo se halla obligado á restituir el precio que haya recibido, pues no debe enriquecerse en perjuicio del depositante; en el caso de que no haya recibido el precio, viene obligado á ceder al depositante sus acciones contra el comprador. Claro está que si ese heredero procedió de mala fe su responsabilidad civil es mucho mayor, y si sabía que la cosa estaba depositada y al venderla se atribuyó un dominio de que carecía, el hecho presenta caracteres de delito, porque envuelve una defraudación.

El depositante debe reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada, ó indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito: art. 1.779 que corresponde á las leyes 5.^a y 37 Dig. DE DEPOSIT., 6.^a Dig. DE FURTIS y 31 Dig. DE PIGN. AUT. La obligación para el reembolso de gastos, no nace del depósito mismo, sino de un hecho accidental y tiene por fundamento la equidad, porque ya que el depósito se hace en provecho del depositante, natural es que éste haga el reembolso de lo exigido para la conservación de la cosa, pues, de otra suerte, se enriquecería con perjuicio del depositario; esos gastos no pueden ser mas que los necesarios impuestos para la conservación de la cosa y, al hacerlos, se presume la conformidad de su dueño, puesto que redundan su utilidad; pero no puede alcanzar el reembolso á los gastos útiles, porque no es quien el depositario para hacerlos; su papel era solo el de custodio, y, sobre todo, el art. 1.779 es tan diáfano que no permite interpretación contraria á la que venimos haciendo, opuesta á la doctrina de Auby y Rau.

Como quiera que ese artículo es de interpretación estricta, creemos que el depositario no tiene derecho á exigir el abono de intereses correspondientes á los gastos desembolsados, porque aquéllos solo hay derecho á satisfacerlos mediando pacto ó mora del obligado; si el Legislador hubiera querido comprenderlos, lo habría hecho.

El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito: artículo 1.780, que establece el *JUS RETENTIONIS* no autorizado por la ley 11 del Código romano, ni por la Decretal, cap. 2.^o, prescriptivas de que la devolución del depósito no puede demorarse, ni en virtud de compensación, ni de cualquiera otra reclamación que contra el deponente tenga el depositario, como tampoco lo autoriza, el Fuero de Navarra. De manera que el Derecho romano no consintió, como dicen Vinio y Vöet, esa facultad de retención que constituye una novedad, pues tampoco la registraron las leyes de Partida.

Del depósito necesario

Tiene este carácter: 1.º cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal, en cuyo caso se rige por las disposiciones de la ley que lo establezca y, en su defecto, por las del depósito voluntario, y 2.º, cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otras semejantes, y se rige por las disposiciones del depósito voluntario, siendo conocido con el nombre de *depósito miserable*.

Del depósito necesario nos hemos ocupado al principio, señalando los artículos del Código que lo determinan, y cuyo carácter tienen también los constituidos para tomar parte en las subastas judiciales y administrativas. De ese depósito miserable tratan las leyes 1.ª y 30 Dig. DE DEPOSIT., como lo hace el núm. 2.º del art. 1.781 del Código; pero añaden esas leyes que, en los casos de tumulto, naufragio, etc., el depositario que falte á la fidelidad del depósito debe ser condenado á la restitución del doble de su valor.

Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas ó mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento á los mismos ó á sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa y de que los viajeros, por su parte, observen las prevenciones que dichos posaderos ó sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos, en cuya responsabilidad también se comprende la dimanante de daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados ó dependientes de los fondistas ó mesoneros como por los extraños, pero no los que provengan de robo á mano armada ó sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor: arts. 1.783 y 1.784 extensivos, en orden á las responsabilidades, á todo el que brinde un hospedaje retribuido, esté ó no inscrito en la matrícula por subsidio industrial, pues donde milita la misma razón debe existir idéntica disposición legal, y la falta del hospedero en no inscribirse en dicha matrícula, no puede autorizar su exención de responsabilidad. A la palabra «efectos» empleada en el Código, debe dársele interpretación extensiva, comprendiéndose en ella todo lo que los viajeros introduzcan en las fondas, mesones, etc.

Este depósito tiene su precedente en la ley 5.ª, tít. 9.º, lib. 4.º

del Digesto: NAUTA ET CAUPO ET STABULARIUS MERCEDEM ACCIPIUM NON PRO CUSTODIA ET TAMEN CUSTODIA NOMINE TENENTUR. El Derecho romano no comprendió, como causa de responsabilidad exigible á los fondistas y mesoneros, el daño causado por los extraños (ley única tít. 5.º, lib. 47 del Digesto).

Del secuestro

Es el depósito judicial y tiene lugar cuando se decreta el embargo ó el aseguramiento de bienes litigiosos, y puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles. El depositario no puede quedar libre de su encargo hasta que termine la controversia que lo motivó, á no ser que el Juez lo ordene, por consentir en ello todos los interesados ó por otra causa legítima. Ese depositario está obligado á cumplir, respecto de los bienes, todas las obligaciones de un buen padre de familia. En lo no dispuesto por el Código, el secuestro judicial se regirá por lo consignado en la ley de Enjuiciamiento civil (arts. del 1.785 al 1.779, ambos inclusive del Código).

En Cataluña, el secuestro puede ser convencional ó judicial (leyes 110 Dig. DE VERB. SIGN. y 6.ª y 7.ª Dig. DE DEPOSIT.) El secuestrador tiene la posesión y administración de los inmuebles que se le hayan confiado, y está sujeto, en el desempeño de la administración, á las obligaciones de los demás administradores y depositarios y á las que especialmente se le hubiesen impuesto al confiarle el secuestro (ley 17 Dig. íd.) y puede ser removido, siempre que desempeñe malamente el cargo. DECRET. cap. 2.º DE SECUESTRO).

Parangonando el Derecho romano y el Código, vemos que aquél solo admitió el secuestro en las cosas inmuebles, en tanto que éste lo reconoce en los muebles. El primero admite el secuestro judicial y el extrajudicial, mientras que el segundo solo lo contrae al primero de éstos, y como quiera que la ley de Enjuiciamiento es obligatoria en toda España, á sus disposiciones debe acudirse, por su carácter supletorio.

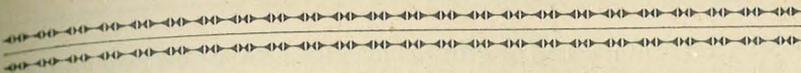
El secuestro judicial lo vemos establecido en el concurso de acreedores (art. 1.173 de la ley procesal), en los embargos (artículo 1.454 íd.) como medida de aseguramiento de bienes litigiosos, en los depósitos mercantiles (art. 2.119 de aquélla), en los AB INTESTATOS, testamentarias, etc. y, tratándose del embargo de bienes inmue-

bles, para que perjudique á tercero, debe anotarse en el Registro de la propiedad (arts. 42 y siguientes de la ley Hipotecaria).

Acerca de si el depositario tiene derecho á remuneración, el Código no lo prescribe, pero debe acudirse á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil, que lo completa; ese depósito, unas veces se acuerda á instancia de parte, que es lo general, y otras se decreta de oficio (art. 959 de la ley de Enjuiciamiento civil). El depositario tiene las facultades que exige la naturaleza de la cosa conferida á su conservación y custodia y, obrando dentro de su círculo, obligan sus actos á las partes, bien que viene obligado, en su caso, á rendir cuentas de la gestión, siendo responsable de la culpa leve, por no haber prestado el cuidado de un buen padre de familia en las cosas; siendo de consignar, en este respecto, que, según Chironi, el Estado responde de la culpa de sus funcionarios constituidos en depositarios judiciales ó administrativos, porque, en tales asuntos, no obra el Estado como poder soberano, ni en función política, sino como persona jurídica; responsabilidad declarada en Sent. de 3 de Marzo de 1903, dictada por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo, que obligó á la Administración á entregar una nueva lámina en sustitución de unos títulos de la Deuda.

Una vez aceptado el cargo de administrador de los bienes de un concurso, el depositario no puede renunciarlo si no media causa legítima (Sent. de 3 de Octubre de 1902 que aplica el art. 1.787), porque el secuestro se debe al procedimiento, y no cesa hasta que termina la controversia, á menos de que consientan en ello *todos* los interesados, (á partes contentas no hay Juez quereloso), ordenándolo éste á virtud de ese acuerdo, ó que exista causa legítima, no expresada, por cierto, en el Código y cuya apreciación es del Tribunal.

Suele constituirse el depósito en la persona del deudor ejecutado ó premiado, lo cual es un absurdo, porque nadie puede ser depositario de su propia cosa; el cargo debe tenerlo un tercero con las responsabilidades civiles y penales consiguientes. Ante ese absurdo ha venido recayendo jurisprudencia del Tribunal Supremo que no considera delito de estafa el hecho de distraer el deudor las cosas que le fueron embargadas puestas, después, bajo su custodia.



CAPÍTULO VI

Contratos de garantía

Idza general

Para asegurar una obligación principal válida, se han introducido los contratos de garantía, que son la fianza, la prenda, la hipoteca y la anticresis. Cúmplenos estudiar el primero de éstos, pues de los otros nos hemos ocupado en el tomo 2.º, al estudiarlos como derechos reales.

DE LA FIANZA

Esta es una expresión genérica que comprende la garantía personal de un tercero, así como la real constituida en cosas muebles ó inmuebles, denominadas, respectivamente, prenda é hipoteca. La fianza puede ser considerada como contrato, como obligación accesorio y como la persona misma que sale fiadora. Bajo el primero y segundo de estos tres aspectos es como vamos á estudiar esta institución, que fué un progreso de la garantía juratoria, regulada en Roma, cuando la palabra empeñada por el deudor, su simple promesa, no era bastante garantía para el acreedor, como tampoco lo fué el juramento, medio suministrado por la Religión, para dar fuerza al compromiso contraído poniendo á Dios por testigo. La obligación del fiador, que se extendía á sus herederos, se contraía por medio de la *STIPULATIO* ó *VERBORUM OBLIGATIO*.

La Instituta, § 1.º DE FIDEL., llama fiaduría al contrato mediante el cual un tercero se obliga á cumplir la obligación de otro para el caso de que éste no lo verifique, que es precisamente lo dispuesto en el art. 1.822 del Código. No puede calificarse de fianza la obligación que es principal (Sent. 20 de Abril 1896), porque su naturaleza es rigurosamente accesoria y no puede, en ningún caso exceder de aquélla; doctrina establecida en Sent. de 10 de Enero de 1903, de que el fiador que ofreció su responsabilidad al Banco de España para asegurar la liquidación de una cuenta de crédito, no se halla obligado á cubrir el saldo á favor de aquél cuando liquide el Banco la cuenta antes del día señalado para el vencimiento de la misma. En suma, que el concepto de la fianza no es otro que el de una obligación accesoria de otra llamada principal, y así lo declaró el Tribunal Supremo en Sent. 1.º Octubre de 1906.

Si el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, existe una solidaridad en la deuda, pudiendo el acreedor dirigirse contra cualquiera de ellos (art. 1.144 aplicado en Sent. de 2 de Junio de 1909), en cuyo caso debe acudirse á lo dispuesto en la sección 4.ª, lib. 1.º, cap. 3.º del Código.

La fianza es un contrato consensual, unilateral, gratuito ú oneroso, por virtud del que se obliga uno á pagar ó cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste y sin que signifique novación. Es consensual, puesto que se perfecciona por el solo consentimiento; unilateral, puesto que de él se derivan tan solo obligaciones por parte del fiador, aún cuando su consumación lleve anejas otras; es condicional, porque la obligación del fiador, aún cuando contrada por el contrato, se hace efectiva, por regla general, si el deudor no cumple la suya, fianza que ha sido introducida en favor del acreedor para la garantía de sus derechos y en pro del deudor para la mayor facilidad en el cumplimiento de la obligación principal, gozando, de esta suerte, de un crédito que, de otra manera, no tendría, lo que da á aquella su carácter de convención jurídica auxiliar.

Clasificase la fianza en convencional, legal ó judicial, según que, para su existencia, requiera, como elemento generador de la misma, la voluntad de las partes contratantes, ó la imponga la ley para el aseguramiento de obligaciones que declara, ó la exija el Juez ó Tribunal competente con el fin de robustecer obligaciones ó de hacer efectivas responsabilidades.

Sin obligación válida no cabe la fianza; esto no excluye que pueda establecerse para la seguridad de una obligación cuya nuli-

dad solo puede ser reclamada por una excepción puramente personal del obligado, y no por excepciones generales y comunes establecidas en la ley. De suerte que la fianza puede asegurar las obligaciones llamadas naturales, los contratos anulables y atacables por excepción puramente personal del obligado; como la del menor de edad, menos la del préstamo hecho al hijo de familia, según dispone el art. 1.824, que corresponde á lo dispuesto en la Inst. § 7.º, lib. 4, dado ante la triste experiencia de que los hijos de familia, abrumados de deudas, para sostener sus vicios atentaban contra la vida de sus padres; y puesto que eran nulos los préstamos á su favor, buscaban fiadores, con lo cual se burlaba el fin ético de la prohibición, haciéndose preciso no dar valor á la fianza.

Ese art. 1.824 tiene precedentes en el § 1.º, tít. 21, lib. 3.º de la Instituta y en las leyes 1.ª y 8.ª, tít. 1.º, lib. 43 del Digesto.

No pueden ser objeto de fianza las obligaciones inexistentes, pues son nulas de pleno derecho y; como dice Chabot, *no pueden surtir efecto jamás*. La fianza constituida á la seguridad de obligaciones anulables, no es, desde luego, inexistente; sigue la suerte de éstas y puede adquirir validez en cuanto se confirme ó prescriba la obligación asegurada, pues, como dice Ricci, la intención del Legislador ha sido establecer el principio de que la fianza corre la misma suerte que la obligación del deudor; si ésta es inexistente, inexistente será aquélla, y si fuere anulable, del mismo carácter participará la de fiaduría.

Consecuencia de estos principios es que el fiador no podrá eximirse de su responsabilidad si el deudor ha dejado transcurrir el término señalado por la ley para pedir la nulidad de la obligación principal, porque, purgada ésta del vicio con que se generó por efecto de la prescripción, la fianza surte su efecto por correr la misma suerte que aquélla. Si la obligación principal es reclamable por una excepción meramente personal del obligado, no puede pedir la nulidad el fiador, pero si no tiene ese carácter de personal, el fiador puede pedir esa nulidad, interesado como está en que no subsista, lo mismo que puede hacer si, al afianzar, desconocía los vicios de la obligación principal, porque, en tanto prestó su consentimiento, en cuanto creía que aseguraba una convención válida; de no ser así resultaría que se había prestado un consentimiento por error en la constitución de la fianza y que, cuando el fiador, subrogado en los derechos del acreedor por haberle pagado, repitiera contra el deudor, éste opondría la excepción de nulidad, en el supuesto de no haber

prescrito, quedando, de esta suerte, burlado, quizás, en sus intereses. Y, por último, el fiador puede pedir la nulidad de su obligación, independientemente de la de la principal, pues en esto, ya que no hay disposición expresa en el Código, debe estarse á las reglas generales establecidas para los contratos.

Además de las obligaciones inexistentes y anulables, están las nulas; éstas no pueden ser objeto de fianza, por cuanto no puede darse aseguramiento á lo que carece de valor ante la ley, y si, á pesar de esto, aquéllas se constituyen, es nula, excepto si la nulidad procede únicamente de una incapacidad personal del deudor.

No solo se pueden asegurar las deudas presentes, sí que las futuras, cuyo importe no sea conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida (art. 1.825, que corresponde á las leyes 1.^a y 8.^a Dig. DE FIDEI.; 178 Dig. DE REG. JUR.; y 29 y 49 Dig. DE MAND., prescriptivas de que la fiaduría puede garantizar toda clase de obligaciones, sea cual fuere su origen y causa, mientras no sean nulas por el Derecho; añadiendo las leyes 6.^a, 7.^a y 10, y la 18 § 4.^o DE FIDEJ. que no es obstáculo para la validez de la fiaduría el que recaiga sobre una obligación meramente natural, como puede versar sobre una obligación meramente accesoria de otra y aún sobre la contraída por otro fiador (ley 8.^a Dig. DE FIDEJ. ET MANDAT.)

El Derecho romano, que tanta amplitud da para el establecimiento de la fianza, declara nula la constituída por el marido ó sus padres para la seguridad de la dote (ley 2.^a Cód., NE FID. VEL MAND. DOT.); precepto no registrado en nuestro Código.

Es antijurídico que el fiador pueda obligarse á más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones, pues si esto se permitiese, en contra de lo terminantemente dispuesto en el art. 1.826 del Código y leyes 22 Cód. DE FIDEJ., 16, 8.^a, 34 y 42 Dig. *íd.* (las cuales añaden que el fiador no puede obligarse á prestar cosa distinta de la que deba al deudor) perdería la fianza su verdadero carácter de obligación accesoria y auxiliar. Si el fiador se ha comprometido á más de lo que el deudor adeude, se reducirá su obligación á los límites de la de este último, según prescribe el art. 1.826 parejo de la ley 22 Cód. DE FIDEJ., dispositiva de que es nula esa obligación accesoria en cuanto al exceso.

La fianza, que puede contraerse pura ó condicionalmente, pero solo del primer modo cuando la deuda principal lo sea (leyes 6.^a y 8.^a Dig. *íd.*, cuyas disposiciones no registra el Código civil), no

puede presumirse: debe ser expresa (el Código no admite ni la fianza tácita ni la presunta) y no extenderse á más de lo contenido en ella. Si fuese simple ó indefinida comprenderá no solo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose, respecto de éstos, que no responderá el fiador, sino de los que se hayan devengado después de haber sido requerido para el pago. Así lo prescribe el art. 1.827, tendente á robustecer la fianza en pro del acreedor, como lo hacen las leyes 52 y 58 Dig. íd., preceptivas de que la fianza dada generalmente para un negocio ó contrato se extiende á todas las obligaciones que del mismo provienen, añadiendo las leyes 8.^a Dig. íd., 10 Cód. íd. y 2.^a Dig. DE ADM. RER. UD. CIV. PERT. que el fiador obligado para la seguridad de una deuda no lo está á la prestación de los intereses de la misma, á menos de mediar sobre ellos estipulación expresa ó de haberse obligado generalmente por todo lo que debiese el principal (la fianza indefinida á que se refiere el Código); pero el acreedor tiene derecho á hacer imputar lo que hubiese podido percibir de los bienes del deudor en pago de los intereses y á reclamar del fiador lo que, después de satisfechos, quedare alcanzado del capital.

La expresión de la fianza puede hacerse verbalmente ó por escrito, pero debe ser contraída á sus propios límites ya que no se presume (Sent. de 16 de Noviembre de 1900), principio este de derecho aplicable, tanto á la de naturaleza civil como á la de carácter mercantil (Sent. 24 Enero 1901), siendo de consignar que la materia de fianza es de interpretación estricta y, aún restringida, con cuyo criterio debe estudiarse el art. 1.827, puesto que cada uno se obliga á lo menos que puede.

En orden al pago de gastos del juicio, requerido el deudor para ello, y no habiéndolo verificado, debe satisfacer los gastos posteriores puesto que da lugar á ellos, siendo de citar la Sent. de 29 de Mayo de 1897, de que la simple notificación ó conocimiento de la demanda ejecutiva al fiador, no es el requerimiento á que se refiere el art. 1.827 del Código, disposición aplicable al afianzamiento mercantil, según se declaró en Sent. de 16 de Noviembre de 1900.

La fianza puede constituirse, no solo á favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aún contradiciéndolo éste (art. 1.823 relacionado con el 441 y siguientes del Código de comercio); de forma que la subfianza está permitida; cabe aún cuando el primitivo fiador no quiera, porque conduce á robustecer la obligación principal. Esta subfianza contra la voluntad del

fiador se halla en desacuerdo con las leyes 6.^a, tít. 1.^o, lib. 17 del Digesto y 12, tít. 12, Part. 5.^a, que niegan al segundo fiador, en ese caso de contradicción, el derecho de repetir contra el deudor.

Si la fianza no puede rebasar la obligación principal, cabe contraerla con respecto á una parte de ésta, en menor partida y con condiciones más ventajosas para el fiador, (leyes 8.^a, 9.^a y 30 Digesto ídem). En caso de duda, se entiende contraída la fiaduría con las mismas condiciones que la obligación principal (ley 61 Dig. íd.)

Debe distinguirse entre duda en la constitución de fianza y duda en la extensión de la misma. Lo primero no cabe, porque tal garantía no se presume; ha de ser expresa; no así carga uno con obligaciones ajenas. Por esto, el obligado á dar fiador debe presentar persona y tener ésta la capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza (ap. 1.^o del artículo 1.822, pues si no los tiene cuando se constituye fiador, resulta huero el compromiso. ¿Quiere decir esto que tal fianza es nula? Entendemos que no, porque el acreedor puede conocer esa insolvencia de momento y aceptar la garantía con la esperanza de que el fiador tendrá bienes cuando exija la obligación principal. No conociendo esa insolvencia de presente y puesto que sufre engaño, puede invalidar la constitución de la fianza y exigir del deudor las responsabilidades del caso por haber faltado á lo prescrito en el art. 1.828, presentando un fiador sin bienes suficientes. En el caso de que el fiador viniese al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que tenga bienes suficientes, excepto en el caso de haber exigido y pactado que se le diera por fiador á una persona determinada, porque entonces ya no puede llamarse á engaño; al que le dan lo que pide no tiene derecho á más.

Con un criterio de justicia y orientado el juicio en el principio de que la fianza no es solo, por regla general, un contrato de beneficencia, como se dice, sino de buena fe, en utilidad del deudor y del acreedor á la vez, se armonizan los arts. 1.828 y 1.829. Añade el primero de éstos, relacionado con el 1.263 del Código, y 62, regla 1.^a de la ley de Enjuiciamiento civil, que el fiador se entenderá sometido á la jurisdicción del Juez del lugar donde la obligación principal deba cumplirse; pero esto, obligatorio en todas las regiones de España por tratarse de procedimiento, se entiende, salvo pacto en contrario, consagrado por el art. 56 de dicha ley adjetiva, que trata, no solo de la sumisión expresa, sí que de la tácita, explicada esta última en el art. 58 de la misma.

De la capacidad

Nos referimos á lo dicho en los capítulos anterior y 1.º de este tomo; pero, además, importa decir que, según la ley 2.ª Dig. AD SENAD. CONS. VEL., las mujeres no pueden salir fiadoras; sin embargo, tanto la fianza como las otras obligaciones que contraigan por el interés de tercero producirán entero efecto en los siguientes casos (leyes 6.ª, 7.ª y 8.ª Dig. id., y 4.ª y 9.ª Cód.): 1.º Si la mujer afianzare una promesa dotal hecha á favor de otra mujer; porque privilegio contra privilegiado no da privilegio. 2.º Si se aprovechó del objeto de que salió garante (ley 16 Dig. id.), porque resulta beneficiada y el Senado-consulta se dió para que no sufriera perjuicio. 3.º Si recibió alguna retribución por obligación accesorias que se impuso (ley 23 Cód. id.), pues entonces la fianza deja de ser un contrato de beneficencia, y el que obtiene lo favorable debe sufrir lo adverso. 4.º Si obró dolosamente al prestar la fianza, (ley 2.ª Dig. id.), porque no debe aprovecharse de su engaño. 5.º Si la fianza versa en causa propia ó en negocio de interés de ella (ley 13 Dig. id.), por la relación inmediata entre la obligación principal y la accesorias, siendo ella la interesada. 6.º Si después de dos años de otorgada la fianza la hubiese ratificado la mujer, siendo mayor de edad, á menos que el deudor principal sea su marido (ley 22 Cód. DE FIDEJ. y AUTÉNTICA SI QUA MULLIER), porque esa ratificación hecha en la mayoría de edad, después de los dos años de constituida la fianza, arguye que la mujer se ha capacitado de su obligación, ha medido sus responsabilidades con toda la calma y prudencia y, al darle fuerza, queda purgada toda sospecha de que le fuese arrancada malamente, á condición de que no sea su marido el deudor, para que no se presuma obtenida la notificación por fuerza, miedo, engaño etc., y 7.º Cuando, cerciorada al tiempo de la celebración del contrato del beneficio de no quedar obligada por la fiaduría, lo renuncia expresamente (Novela CXVIII, cap. V).

Esta prohibido, por el Derecho foral de Cataluña, el afianzamiento por la mujer de obligaciones de su marido, y puede pedir ella la nulidad, de conformidad con el art. 1.302 del Código civil (sentencia de 5 de Diciembre de 1909). En Cataluña rige el Senado-consulta Velezano (Sent. 17 de Febrero de 1903) No se halla prohibido por las leyes del Digesto, de un modo absoluto y terminante, que

las mujeres sean fiadoras de obligaciones contraídas por hombres, salvo las de sus maridos, ni tampoco declaran nulos los actos de intercesión ó fianza otorgados por las mismas. Las mujeres pueden renunciar á las leyes del Senado-consulta Veleyano que trata de esta materia, distintas de la Auténtica *SI QUA MULIER* (Resolución 19 Enero 1897).

Tratándose de actos mercantiles, no cabe aplicar en Cataluña las leyes civiles peculiares de aquella región ó el Senado-consulta Veleyano, si afianza una mujer casada, sino el Código de comercio, y, como derecho supletorio, el Código civil (Sent. de 29 de Diciembre de 1898).

El Código civil, en contra de lo prescrito por nuestro Derecho tradicional informado en el romano, no prohíbe que la mujer casada pueda constituirse fiadora de su marido, ni tampoco que se constituya fiadora de otras obligaciones; pero necesita de la autoridad marital, según lo prescrito en el art. 61 obligatorio en todas las regiones de España.

De los efectos de la fianza

Puesto que es una obligación subsidiaria, quien la constituye no puede ser compelido á pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de bienes del deudor (art. 1.830).

En el antiguo Derecho romano podía el acreedor dirigirse indistintamente contra el fiador ó contra el deudor y dejar á este último compeliendo solamente al primero; pero, por imperio de la equidad, Justiniano, en su Novela IV, cap. 1.º, estableció el beneficio de orden ó de excusión de bienes, que puede renunciarlo el fiador, en cuyo caso su obligación queda sujeta á los principios establecidos para los deudores solidarios (Novela 136, cap. 1.º).

En Barcelona no gozan los fiadores del beneficio de excusión: capítulo 7.º RECOG. PROC., donde se emplean las palabras *SALVUM QUOD POSSIT TENERE CURIAM PER UNUM ANNUM*, de las cuales parece deducirse que el fiador puede obtener el plazo de un año para pagar, pero esta interpretación no ha sido reconocida por la jurisprudencia.

En Aragón, donde pueden ser fiadores todos cuantos tengan capacidad para contratar y obligarse y solvencia bastante para cumplir la obligación principal, solvencia que, según los fueristas, solo existe

cuando el fiador tiene bienes sitios--restricción que no la vemos en el día, por obligar allí el Código civil, cuyo texto no se opone al Fuero —no se conoce el beneficio de excusión ú orden, pudiendo el acreedor demandar lo mismo al deudor que al fiador, salvo si existiere, además de la fianza, una hipoteca especial, en cuyo caso puede el fiador resistir la acción haciendo que se dirija antes contra la finca (Obs. 1.^a y 3.^a DE FIDEJUSSORIBUS). El fiador de derecho, ó sea el que se hubiera constituido como tal en juicio, responderá con sus bienes y podrán ser ejecutados siempre que los de los del deudor no basten á cubrir la cantidad á que se le hubiera condenado en sentencia (Ob. 3.^a íd.)

En Navarra, donde son capaces para salir fiadores los mayores de 14 años (cap. 5.^o, tít. 4.^o, lib. 3.^o del Fuero), existe también el beneficio de excusión, por regir allí la legislación romana, constituida por la citada Novela de Justiniano. Y en Mallorca, el fiador se obliga subsidiariamente ó en defecto del deudor principal (Sum. de M. Valentí, 286); de manera que también existe ese beneficio de orden.

Y volviendo al estudio del Código, tenemos que, según el artículo 1.831, no tiene lugar la excusión: 1.^o Cuando el deudor haya renunciado expresamente á ella, porque, constituyendo un beneficio, es renunciable; precedentes de esto los tenemos en ley última, título 3.^o, lib. 2.^o del Código romano. 2.^o Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor; también tiene esos precedentes esta excepción, que se funda en el carácter de la solidaridad y que da robustez á la obligación contraída en favor del acreedor. 3.^o En el caso de quiebra ó concurso del deudor, porque si el acreedor no pudiese repetir desde luego contra el fiador, ante la situación económica de aquél, podía quedar defraudado, y 4.^o Cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del reino, porque podría resultar lo que antes se dice; excepción registrada en la Novela IV, cap. 1.^o, antes citada, siendo de advertir que, según ésta, no tiene lugar el beneficio de excusión cuando el deudor se halla ausente, si no compareciese después de finido el plazo que hubiese concedido el Juez al fiador para hacerle presentar.

La diferencia entre lo dispuesto en el Código y el Derecho romano estriba en que, según el primero, por el hecho de que el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro de España, puede el acreedor repetir contra el fiador, en tanto que, según dicha Novela, y á base de que el deudor se halle ausente, el acreedor solamente

puede repetir contra el fiador, sin derecho éste al beneficio de orden, cuando el deudor no comparezca, después de finido el plazo concedido por el Juez al fiador para que lo presente; de forma que ha de empezar el procedimiento por señalar ese plazo al fiador, cosa que el Código no establece. Reconvenido ese fiador para el pago, no puede ser obligado á verificarlo, si el acreedor no le coloca en su lugar y derecho, cediéndole todas las acciones que le competan, ya contra el deudor principal, ya contra los demás fiadores ó bienes hipotecados ó dados en prenda para la seguridad de la obligación (leyes 13, 36 y 50 Dig. DE FIDEJ.; 2.^a y 21 Cód. íd; 45 Dig. DE JUR. FISC., y últ. Cód. DE PRIV. FISC.)

Este beneficio, llamado de cesión de acciones, CEDANDARUM ACTIONEM, que compete á todos los fiadores, lo mismo individuales que solidarios, en el supuesto de que la deuda se haya satisfecho en las condiciones estipuladas en el contrato, aunque no lo haya sido judicialmente, no lo registra el Código. No quiere decir esto que el fiador esté privado de acción contra el deudor; por el hecho de pagar, puede repetir contra él, háyansele cedido ó no las acciones, puesto que, de derecho, se da la subrogación, según dispone el art. 1839, con las limitaciones comprendidas en los 1.840, 1.841 y 1.842. Ciertamente que el Código resulta más científico que el Derecho romano ¿A qué conduce esa cesión de acciones? ¿Por ventura el fiador paga en nombre del deudor? En manera alguna; lo verifica por razón de su obligación, y como nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, justo es que se subrogue en los derechos del acreedor.

El Derecho romano, llevado de esa idea de la representación en el pago, estableció dicho beneficio y, por otra parte, procurando que no se menoscabe al fiador por actos imputables al acreedor, dispone: que el primero no viene obligado al pago si el segundo, por su hecho ó culpa, perjudica su acción de manera que no pueda cederla, en cuyo caso solo podrá exigir del fiador la cantidad por la cual pueda verificar la cesión (leyes 15 Dig. DE FIDEJ. y 95 Dig. DE SOLUT.), en el bien entendido que ese beneficio de cesión de acciones puede solicitarse aún después de la condena definitiva y hasta en el momento del pago, no gozándolo quien deje de reclamarlo (ley 14 Cód. DE FIDEJ. y 36 Dig. DE SOLUE.)

Y volviendo al estudio del beneficio de excusión dentro del Código civil, para que el fiador pueda aprovecharse de él, debe oponerle al acreedor luego que éste le requiera para el pago, y seña-

larle bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda (art. 1.832), siendo de citar la Sent. de 30 de Octubre de 1906, de que la confesión hace prueba contra su autor y que tal medio de prueba puede y debe aquilatarse, apreciándose en combinación con las demás aportadas al pleito, sin que, al hacerlo así, pueda decirse que se infringe el art. 1.832; doctrina confirmada por la de 9 de Julio de 1908.

Tres condiciones exige dicho artículo para que prospere el beneficio de excusión, á saber: que lo oponga el fiador luego que el acreedor le requiera para el pago (lo mismo puede ser en el acto de requerirle que después); que señale bienes del deudor, realizables dentro del territorio español, es decir, que el acreedor pueda repetir contra ellos; que no sean supuestos ó imaginarios, lo mismo muebles que inmuebles; que puedan ser sometidos á apremio por los Tribunales españoles, y, por último, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. Esta suficiencia puede resultar equivocada, pues el importe de los bienes del deudor cabe que no alcance á cubrir la obligación exigida, en cuyo caso no procede el beneficio de excusión, siendo el fiador responsable de lo que el deudor deje por pagar, porque, en tanto se le concede ese beneficio en cuanto rigurosamente cumpla dichas condiciones conjuntas. Si las cumple, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados, esto es, el que, á pesar de conocer los bienes del deudor, no hubiese procedido contra ellos, es responsable, hasta donde alcancen, de la insolvencia del deudor que por tal descuido resulte, porque semejante omisión le es imputable y debe pasar por sus consecuencias, en la inteligencia que, según Sent. de 29 de Mayo de 1897, la negligencia á que se refiere el art. 1.833 no excluye cualquiera otra en que haya podido incurrir el acreedor, según la definición contenida en el art. 1.104. El 1.832, que exige al deudor el cumplimiento de dichas tres condiciones, tiene por precedentes el § 4.º, tít. 21, lib. 3.º de la Instituta y la ley últ., tít. 12, lib. 6.º del Digesto.

El acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal; pero le quedará siempre á salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos (art. 1.834). La simple notificación ó conocimiento que, de la demanda ejecutiva, da el acreedor al fiador, no es la citación de que trata este artículo, pues estas diligencias tienen un sentido técnico propio y especial con efectos jurídicos diferentes, y si la ley hubiera querido decir que bastaba esto, lo habría dicho (Sent. de 29 de Mayo de 1897).

Haciendo la exégesis de dicho artículo, resulta que es potestativo en el acreedor dirigir su acción contra el deudor y el fiador á la vez, ó solo contra el primero. La palabra «citar», empleada en el artículo 1.834, tiene una acepción genérica equivalente á actuación judicial ordenada por el Juez para que vaya á juicio la persona con la cual se quiere contender ó se le pide algo; de manera que comprende también al emplazamiento en los juicios declarativos y la citación de remate en las ejecuciones. Es potestativo en el fiador citado mostrarse parte en el pleito; si no lo hace, debe declarársele en rebeldía, habiendo de pasar por las consecuencias procesales de su actitud. Al decir esto nos separamos de la opinión de Manresa.

Dirigida la acción contra ambos, llevándolos al juicio, la sentencia que contra ellos recaiga debe ejecutarse, en primer término, contra los bienes del deudor, y para que el fiador tenga este beneficio de excusión debe señalar bienes de aquél realizables dentro del territorio español, suficientes para cubrir el importe de la deuda, comprendiéndose en esta palabra el capital, los intereses, las costas, y en suma, lo que constituyan las responsabilidades objeto de la condena; de manera que el beneficio de excusión detiene el procedimiento de apremio contra los bienes del fiador, no el embargo de los mismos, en nuestro sentir, por constituir esto una medida de garantía judicial, para que no quede ilusoria la sentencia y sin que prejuzgue derechos, ni orden en la exacción de responsabilidades; claro está que si los bienes del deudor son suficientes, abroquelado el fiador en su beneficio de excusión, si lo opone cuando se le requiera para el pago, de ellos se cubrirán las responsabilidades, y si no son suficientes, responderá el fiador con los suyos hasta dejar extinguida la deuda.

La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor, y se explica, porque la modificación de una obligación accesoria no puede afectar á la efectividad de la principal. La transacción del deudor principal con el acreedor tampoco surte efecto para con el fiador cuando se ha hecho contra su voluntad; de manera que, si no consta esta oposición manifiesta por parte del fiador, perjudica á éste, pues la ley presume en este caso, su consentimiento; si no hubiera querido que le perjudicara esa transacción, habríase opuesto á ella ó, al salir fiador, hubiera estipulado en contra de ese art. 1.835; pero, bien mirado, el fiador no puede salir perjudicado con esa transacción; si se disminuye la deuda ó se rebajan los intereses, menos tiene que satisfacer en su caso, y si, lo que

no es probable, esa transacción le perjudica, puede oponerse á ella cuando, con su intervención, el acreedor y el deudor la concierten, para lo cual se le debe llamar, pues, de otra manera, no puede expresarse en contra su voluntad; derecho que le concede el precepto.

El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador, como del deudor principal (art. 1.836). En esta subfianza, el fiador se encuentra, respecto de su fiado, en igualdad de condiciones que el fiador, respecto del deudor principal.

Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación de responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar á cada fiador, sino la parte que le corresponda satisfacer, á menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad; el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal (art. 1.837).

La solidaridad entre los fiadores de una misma deuda no se presume; ha de constar expresamente establecida, pues cada uno se obliga principal ó subsidiariamente á lo menos que puede. El Código se inspira en este principio, y con el fin de no gravar la condición del fiador, establece el beneficio de división; éste supone pluralidad de fiadores y unidad de deudor y de deuda. Las leyes 51 y 53 Digesto DE FIDEJ. conceden el beneficio de división, aún cuando los fiadores se hubiesen obligado con solidaridad expresa; beneficio que no solo compete á los herederos del fiador, si que también á los sucesores del mismo por cualquier título (leyes 27 y 51 Dig. íd.), pero no lo tiene el fiador del fiador reconvenido para el pago (ley 27 Digesto íd.)

La diferencia, pues, entre el Derecho romano y el Código estriba en que aquél, salvo las excepciones que luego se dirán, admite el beneficio de división en las obligaciones solidarias, en tanto que el segundo no lo autoriza mediando la solidaridad. Las excepciones á aquella regla son: 1.^a Si el deudor reconvenido hubiese renunciado á dicho beneficio (ley penúl. Cód. DE PACTIS.) en respeto á su voluntad. 2.^o Si negare su cualidad de tal fiador (ley 40 Dig. DE FIDEJ.), porque demuestra su mala fe. 3.^o Si los demás cofiadores y las fianzas que hubiesen dado fuesen insuficientes al tiempo de la contestación de la demanda (leyes 26, 27 y 31 Dig. íd.), porque, colocada la reclamación en este estado procesal producto de la LITIS CONTESTATIO; el derecho del acreedor exige medios de efectividad positiva y no debe quedar lisiado en sus consecuencias, una vez puesto, con la

acción, bajo el amparo del Tribunal. 4.º Si la obligación de los demás fiadores fuese nula (ley 48 Dig. íd.), pues la fianza se constituye en utilidad del acreedor, lo cual quedaría ilusorio si, únicamente, pudiese alcanzar la parte de responsabilidad del fiador, y 5.º Si la fianza recayese acerca de la obligación de un tutor ó curador (ley 52 Dig. DE REM. PUP. SALV.), pues deben quedar garantidos los intereses de las personas que no puedan gobernarlos ó administrarlos.

Y tal influencia ejerce el cuasi-contrato de *LITIS CONTESTATIO*, que si cuando se establece, por virtud de la contestación á la demanda, los fiadores son solventes, pueden éstos acogerse al beneficio de división, aún cuando después les sobrevenga la insolvencia de alguno de ellos (ley 31 DE FIDEJ. y ley 46 Cód. íd.), sin que los menores de edad puedan reclamar contra esa división, á menos que hubiese sido admitida indebidamente, procediendo en este caso la restitución *IN INTEGRUM*; pero podrán exigir la responsabilidad á sus tutores ó curadores, si, por su dolo ó morosidad en pedir el pago, hubiese caído en insolvencia alguno de los fiadores (leyes 31 y 52 Dig. íd.)

Llevado el Derecho romano por los fueros de la equidad en que se funda el beneficio de división, prescribe en las leyes 10 y 28 Digesto íd., que, mediando cuestión entre el acreedor y el fiador reconvenido acerca de la solvencia de los demás, debe concederse á aquél, sin perjuicio del derecho del primero, para el caso en que resultaren insolventes ó mediante fianza que asegure la cuestión, así como ordena la ley 49 Dig. íd., que los herederos del fiador solo pueden ser reconvenidos proporcionalmente á su parte hereditaria, compitiendo á cualquiera de ellos que, por error, hubiese pagado la totalidad, el derecho de repetir contra el acreedor para que le reintegre lo que corresponda á los demás coherederos. Y tal virtud se dió á ese beneficio, que cabe, según la ley 23 Dig. íd., aún cuando alguno de los fiadores se hubiese obligado puramente y otros á día cierto ó bajo condición, en cuyo caso los primeros deben pagar su parte y los otros la suya, así que se cumpla el plazo ó la condición. No realizada ésta, la parte correspondiente al fiador obligado de este modo, se distribuye entre los demás, añadiendo la ley 51 Dig. íd., que la división tiene lugar por toda la deuda, aún cuando antes de oponerla, el fiador reconvenido hubiese satisfecho parte de la misma.

Réstanos decir que el beneficio de división debe oponerse antes del fallo. El fiador que hubiese pagado la totalidad de la deuda sin usarlo no puede exigir del acreedor la parte correspondiente á los demás cofiadores (leyes 10 Cód. DE FIDEJ. y 47 Dig. íd.)

Hemos dicho que, según el Derecho romano, el beneficio de división es renunciable y, sin embargo, en Barcelona, por prescribirlo los caps. 8.º y 9.º del RECOG. PROC., los fiadores gozan de aquél, aún cuando lo hayan renunciado; de manera que la equidad está por encima de los fueros de la voluntad.

Volviendo al estudio del art. 1.837 del Código, reconocemos que se presta á grandes dudas respecto á la forma y tiempo en que debe utilizarse el beneficio de división. Dos partes tiene ese precepto: una que llamaríamos sustantiva, cuando dice que, siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación á responder de ella se divide entre todos. Parece que esto da á entender que dicha división es de pleno derecho, y á afirmar este sentir viene la segunda parte, ó la adjetiva, al disponer que el acreedor no puede reclamar á cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, á menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. Ambas partes se complementan, surgiendo de sus términos el beneficio de división, introducido, al igual que el de orden, para evitar que los cofiadores fueran víctimas de aquellos en cuyo favor se habían obligado. Y tal relación existe entre ambos beneficios, no obstante su distinta dirección ú objeto, que el de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.

El de orden ó excusión no constituye una excepción dilatoria—ALIMINE LITIS—puesto que ni se halla, ni puede hallarse comprendido en la ley de Enjuiciamiento civil. Es, como hemos dicho, una manera de detener la acción del acreedor dentro del procedimiento, luego de requerirse de pago al fiador, para que se cobre con los bienes del deudor existentes en el reino y que sean suficientes. No podemos decir lo mismo del beneficio de división, debiendo presentar estas dos situaciones: una extrajudicial y otra judicial. En la primera, si el deudor reclama del fiador la totalidad de la deuda, cumple también si, requerido extrajudicialmente, señala bienes del deudor suficientes dentro del Reino para que proceda contra ellos en primer lugar, pues los beneficios de excusión y de división son perfectamente compatibles, por responder á la idea expresada.

En la segunda situación, ó sea si el deudor, contraviniendo lo prescrito en el art. 1.837 reclama de cada fiador la totalidad de la deuda, creemos que el demandado puede oponer excepción perentoria, no la SINE ACTIONE AGIS, sino la misma que se deriva del precepto, cual es la PLUS PETITION de que habla el art. 1.466 de la ley

de Enjuiciamiento civil, bien entendido que, si se trata del juicio ejecutivo y ese fiador ha consignado judicialmente la parte de deuda que le corresponde satisfacer, el ejecutante cargará con las costas, según preceptúa el art. 1.474 de aquélla. Si la reclamación se deduce en juicio declarativo en sus tres formas de verbal, de mayor y de menor cuantía, opuesta esa excepción, podrá discutirse si después de contraída la obligación los fiadores establecieron ó no la solidaridad, ó si renunciaron expresamente al beneficio de división, materia toda ésta que, por envolver una cuestión de derecho, su lugar para ventilarla es el juicio ordinario, no el ejecutivo, cuya sentencia no produce la excepción de cosa juzgada, quedando á salvo su derecho á las partes para promover aquel procedimiento, como prescribe el art. 1.479 de la ley procesal.

Supongamos que alguno de los cofiadores esté declarado en quiebra ó concurso ó no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino; en este caso no cabe el beneficio de división, ante lo prescrito en el último apartado del art. 1.837, como tampoco si se hubiese establecido la solidaridad al contraerse ó después de constituida la fianza ó que la obligación garantida sea indivisible. Tampoco cabe después de pagada la deuda por uno de los fiadores, porque demuestra con esto que renuncia á dicho beneficio, sin perjuicio de que pueda repetir contra sus compañeros de vínculo y éstos oponer las excepciones que les competan.

De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador

El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste. La indemnización comprende: 1.º La cantidad total de la deuda (bajo la palabra deuda se comprende el capital é intereses pactados). 2.º Los intereses legales de la deuda, (que son hoy al 5 por 100) desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor. Desde que se hace saber el pago al deudor empieza el devengo de intereses, porque entonces surge la mora. 3.º Los gastos ocasionados al fiador, después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido al pago, pues entonces no puede alegar ignorancia y quien da ocasión á que se hagan los gastos debe satisfacerlos; y 4.º Los daños y perjuicios cuando procedan, debiéndose estar, en este caso, á las reglas generales sobre la materia.

La disposición del art. 1.838, puesto que se halla fundada en la equidad que no consiente se enriquezca uno con perjuicio de otro, tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor.

Las leyes 10 y 45 Dig. DE MAND. y 2.^a Cód. íd. prescriben que el fiador que hubiese pagado, tiene derecho á recobrar del deudor el importe del capital de la deuda, sus intereses y los gastos hechos legitimamente, con los daños y perjuicios que hubiese experimentado por razón de la fiaduría; pero, para tener esa acción, debe haber hecho el pago legalmente y al mismo acreedor ó á persona competente y autorizada para recibirlo en su nombre (leyes 46 y 47 Dig. íd.) El fiador que hubiese sido injustamente condenado al pago no puede recobrarlo del deudor, si dejó de usar contra la condena de los recursos legales que le competían, á menos que hubiese requerido al deudor en debida forma para que los usase si quería (leyes 10 y 47 Dig. íd. y 67 Dig. DE FIDEJ.), como tampoco puede recobrar lo pagado en virtud de condena, si recayó ésta por no haber opuesto debidamente las excepciones perentorias que competían al deudor principal contra el acreedor; pero, en este punto, le excusa la ignorancia de hecho (leyes 29 Dig. DE MAND. y 27 íd. DE FIDEJ.)

Tal es el nexo entre el fiador y el deudor que aquél, al ser demandado, debe oponer las excepciones que competan á éste, menos las de carácter personal, si al verificarlo se contraría á la buena fe; si no es personal la excepción, deberá noticiar al deudor la reclamación por si quiere deducirla (leyes 10 y 48 Dig. DE MAND.), sin que el deudor pueda excusarse de reintegrar lo satisfecho por el fiador, á pretexto de que éste pagó sin ser reconvenido en justicia ó en ocasión en que había ya transcurrido el término por el cual se constituyó responsable (leyes 10 y 29 Dig. íd.)

Como se ve, el Derecho romano promiscúa el mandato y la fianza, que tejen, con la equidad por norma, relaciones entre el deudor y su fiador, y de aquí esas notificaciones del segundo al primero, propuesta de excepciones, recursos contra las sentencias injustas, etc.; y por si esto no fuera bastante á demostrar dicha afirmación, viene la ley 29 Dig. íd., prescribiendo que el fiador no puede reintegrarse de lo pagado si el deudor principal lo hubiese satisfecho después y pudiendo noticiárselo no lo hubiera hecho; bien que puede repetir contra el acreedor; siendo, además, de citar la ley 29 Dig. íd., de que si, ignorando el fiador el pago verificado por el deudor principal, lo hubiese verificado, tendrá acción para reclamar de este último lo satisfecho, bien entendido que el fiador que hubiese verificado el pa-

go antes del día de su vencimiento no puede exigir tampoco antes el reembolso del deudor principal (leyes 22 y 31 Dig. íd. y 31 Dig. DE FIDEJ.) Y, por último, el fiador que, pudiendo satisfacer la obligación entregando una cosa de inferior ó mediana calidad, diese en su lugar, sin exigirlo las circunstancias, otra superior, solo podrá reclamar el importe de aquélla, aún cuando no pueda recobrar el exceso del acreedor (leyes 50 y 52 Dig. íd.)

Las citadas leyes romanas informan los arts. del 1.838 al 1.842, ambos inclusive del Código, habiendo recaído, en la aplicación del primero de éstos, la Sent. de 14 de Marzo de 1905.

Ya hemos dicho que el fiador se subroga, por el pago, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, sin que el Código registre el otro beneficio llamado de cesión de acciones, pues tal subrogación es de derecho. Por esta acción subrogatoria puede reclamar lo que pagó y nada más, y por la personal y propia nacida de su cualidad de fiador, los intereses, gastos y perjuicios á que se refieren los núms. 2.º, 3.º y 4.º del art. 1.838, estos últimos no mediando culpa por su parte.

Si el fiador ha transigido con el acreedor, ostentando esa acción subrogatoria, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado, porque otra cosa envolvería una especulación inmoral y se saldría de la economía propia de la fianza.

Si el fiador paga sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago, porque, con la subrogación, el subrogado se coloca en la situación de derecho del subrogante.

Mediando ese conocimiento antes del pago, ya no cabe que el deudor pueda oponer contra el fiador las excepciones que tuviese contra el acreedor, pues ese deudor, noticioso de ello, pudo enervar la obligación, libertándose él y el fiador; al no hacerlo, cábele el SIBI IMPUTET, distinto esto del caso en que se omitió ese conocimiento por culpa del fiador, quien no está facultado para privar de sus defensas al deudor principal. Si la deuda era á plazo y el deudor la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza, pues para algo se estableció éste y no es cosa de agravar la condición del deudor con un pago anticipado que bien puede ser fruto de la confabulación del deudor y del acreedor.

Si el fiador ha pagado sin ponerlo en conocimiento del deudor y éste, ignorando el pago, lo repite por su parte, no queda al primero

recurso contra el segundo, tanto porque faltó á su deber, cuanto porque, constituyendo la fianza una obligación accesoria, no existe una vez satisfecha la principal; pero como nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro y no ha de cobrarse dos veces una misma deuda, puede repetir el fiador contra el acreedor para que le reintegre de lo pagado.

El Código no registra las excepciones del Derecho romano concedidas al deudor contra el fiador cuando éste hubiese pagado la deuda por haber sido condenado injustamente ó cuando no ha utilizado los recursos legales contra la sentencia. Creemos que tampoco pueden prosperar hoy esas excepciones, dado el sistema procesal y la fuerza que tiene la cosa juzgada; de suerte que tales leyes no pueden tener aplicación en los territorios regidos por el Derecho romano.

El fiador, aún antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal en los casos que, seguidamente, se dirán. Estos se fundan en que, si bien en la doctrina del Código relativa á la fianza, los efectos de ésta entre el deudor y el fiador dependen exclusivamente del hecho del pago realizado por éste, no se ha de dejar á aquél sin la debida garantía para su reintegro ó en condiciones de no poder conseguir la indemnización de que habla el art. 1.838.

Esos casos, comprendidos en el art. 1.843 son:—1.º Cuando el fiador se ve demandado, porque puede no estar en condiciones de acogerse al beneficio de excusión de bienes, aparte de que éste no es obligatorio y no es cosa de que, mientras se sustancie la reclamación entre el acreedor y el fiador, caiga en indigencia el deudor, quedando perjudicado el segundo de éstos.

El Derecho romano no registra ese caso, pero como el Código es supletorio en Cataluña y Navarra, creemos aplicable á estas regiones dicho artículo del mismo, siendo de consignar que, según la Decret. Cap. 4.º DE FIDEJ., y las leyes 45 Dig. íd. y 6.ª Cód. DE MAND., el fiador puede accionar contra el deudor, aún antes de pagar, para obtener la indemnidad si hubiese sido condenado para el pago.

2.º En caso de insolvencia, quiebra ó concurso del deudor. Esta regla del art. 1.843 corresponde un tanto á la ley 38 Dig. íd., de que procede también esa acción si el deudor disipa sus bienes ó viene á pobreza. Y se comprende que se desate la fiaduría en esos casos, como dicen las Partidas, á fin de que no queden burladas por quiebra, concurso ó insolvencia del deudor, las responsabilidades de éste, quedando defraudado su fiador, y, por esto prescribe el capítu-

lo 3.º, tít. 17 del Fuero de Navarra, que ha servido también de precedente al Código civil, que el fiador puede oponerse á que el deudor principal venda, empeñe ó, en general, enajene sus bienes, á fin de evitar que sobrevenga insolvencia, á no ser que se den otros fiadores que garanticen el reintegro si aquél llega á verse obligado á pagar. De tal consistencia es el derecho del fiador para no verse chasqueado, que el cap. 10, tít. 5.º, lib. 3.º de dicho fuero, le concede acción contra el deudor, participe con sus hermanos en bienes, para que manifieste qué parte de ellos le corresponde ó jure carecer de ella, así como puede obligarle á que le dé los frutos como prenda y se constituya en fiador de lo debido, cuyo reintegro de pago debe hacer.

En Aragón, cuando á instancia del acreedor se embargan bienes al fiador, puede éste pedir el de los del deudor, cuya traba se cancelará tan pronto como se cancele la obtenida por el acreedor en los bienes del fiador (Fuero 8.º DE FIDEIUSORIBUS), así como puede solicitar el de los bienes del deudor cuando tema que éste trate de enajenar algunos ó de aparentar insolvencia (Fuero 7.º *íd.*)

Como se ve, esa medida de embargo autorizada por el Derecho aragonés es solo de garantía, pues la acción del fiador contra el deudor para reintegrarse de lo pagado surge ya con el pago hecho, pudiendo dirigirse, primero, contra sus bienes muebles, y después contra sus sitios, sin que pueda oponérsele compensación por otro concepto (Fuero 4.º DE FIDEI. y 20 DE PIGNORIBUS), bien entendido que el deudor queda obligado á reintegrar al fiador el doble del importe de las espensas y perjuicios que por la fianza se le hayan causado, debiendo pasar por su juramento acerca del particular (Ob. 28 DE FIDEIUSORIBUS).

3.º Cuando el deudor se ha obligado á relevar de su obligación al fiador en un plazo determinado y este plazo ha vencido (regla 3.ª que corresponde á la ley 10 Cód. DE MAND.), y se funda en que el contrato, por ser ley de las partes, debe cumplirse.

4.º Cuando la deuda ha llegado á hacerse exigible por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse (caso 4.º de dicho artículo que corresponde á la ley 38 Dig. *íd.*), pues colocado el deudor en esa actitud de mora, pueden aumentarse las responsabilidades del débito por intereses, gastos y otros conceptos que habrían de recaer sobre el fiador por su cualidad de deudor solidario.

Y 5.º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo, á menos que sea de tal naturaleza que no pueda

extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años: caso 5.º que guarda parecido con lo dispuesto en la Decret. cap. 3.º DE FIDEJ. y con la ley 38 Dig. DE MAND., prescriptivas de que el fiador puede accionar contra el deudor si ha permanecido largo tiempo en fianza, al arbitrio del Juez; y se comprenden dichas disposiciones, así como la del Código, porque no deben quedar en lo incierto indefinidamente las obligaciones del fiador, habiendo recaído en este respecto, aplicando el Fuero Real y las Partidas, la Sent. de 2 de Noviembre de 1892.

De los efectos de la fianza entre los cofiadores

El Código ha venido á modificar el Derecho tradicional que estableció la *carta de lasto*, mediante la cual el acreedor cedía al fiador todas sus acciones, para que pudiese repetir contra los cofiadores; hoy no hay necesidad de pedirla, ni tiene ese objeto, pues, según prescribe el art. 1.844 del Código, cuando son dos ó más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que *proporcionalmente* le corresponda satisfacer. Esta acción, si bien nace del hecho del pago, es consecuencia del beneficio de división, por virtud del que los cofiadores vienen obligados á contribuir al pago en la parte que á cada uno corresponde, pues, como dice Ricci, el pago hecho por uno de los fiadores entraña un interés común, resultando en beneficio de todos y produciendo igualmente la liberación de todos.

Prescribe el Derecho romano que el fiador no tiene recurso alguno contra los cofiadores si el deudor no le cede previamente sus acciones antes de hacerse el pago; fúndase esto en que la fianza constituye una convención entre el fiador, el deudor y el acreedor, y no entre los cofiadores. El Código, informado en otros principios más justos, establece el derecho del fiador á reclamar contra los cofiadores sin necesidad de semejante cesión de acciones.

Si alguno de esos cofiadores resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción. No puede ser esto más equitativo, y, sobre todo, esa parte integra la totalidad de la deuda; entre todos se ha de distribuir, siendo divisores todos los cofiadores, incluso el que hubiese hecho el pago; bien entendido que el reintegro ha de ser proporcional, según á lo que se hayan compro-

metido cuando se constituyeron en fianza ó por los pactos posteriores entre los mismos, pues el Código no dice que los cofiadores tengan que contribuir por iguales partes.

Para que quepa esa distribución de responsabilidad y reintegro proporcional de lo pagado es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, porque en otro caso no se sabe con quién ó con quienes de los fiadores se entenderá el acreedor, y al verse constreñido el fiador y para no dar lugar á costas, figurando su nombre en los Tribunales, es justo que, al pagar, pueda repetir contra sus compañeros de vínculo. También procede esto, á base de haberse verificado el pago, si el deudor principal se halla en estado de concurso ó quiebra, porque, con estas situaciones, quedan disminuidas las garantías del pagador.

Tenemos precedentes de este artículo en las leyes 17, 36 y 39, tít. 1.º, lib. 46 Dig., 11 y 15, tít. 40, lib. 8.º Cód.

Los cofiadores pueden oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor (artículo 1.845). El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable á los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador (art. 1.846).

Estos preceptos son tan diáfanos que no merecen comentario.

De la extinción de la fianza

La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones (artículo 1.848 que corresponde á las leyes 49 y 60 DE FID. ET MANDAT.) Y puesto que acudimos al Derecho romano, es de consignar que son causas extintivas de la fianza: la novación de la obligación, á menos que en ella hubiese consentido el fiador (leyes 4.ª Cód. DE FIDEJ. y 11 Dig. DE PIGN. ACT.); la transacción entre el acreedor y el deudor (ley 68, § 2.º Dig. DE FIDEJ.); la terminación del tiempo por el cual se hubiese afianzado (leyes 7.ª Cód. DE LOCAT. y 59 Dig. DE MAND.); la renuncia del acreedor ó pacto de no pedir al fiador el todo ó parte de la deuda, quedando subsistente, en este último caso, la fianza en la porción no renunciada (ley 15 Dig. DE FIDEJ.), y la condonación de la deuda hecha á favor del principalmente obligado;

aunque éste renuncie á la condonación, no revivirá la fiaduría (ley 62 Dig. DE PACT.)

Los escritores clasifican las causas de extinción de la fianza en directas é indirectas; dependen las primeras de la extinción de la obligación principal, y se limitan las segundas á la extinción de la del fiador, independientemente de la del deudor. El art. 1.847 se refiere á dichas causas directas; mal puede subsistir una obligación accesoria faltando la principal; esta extinción es por ministerio de la ley.

La confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador, cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador (art. 1448). La confusión implica, por parte del acreedor, imposibilidad de cobrar lo que él mismo se adeuda, pues nadie puede ser deudor y acreedor á la vez, y claro que si ese acreedor es fiador del deudor colocado en esta situación por título de derecho, semejante obligación accesoria desaparece. La confusión del acreedor y de uno de los fiadores no extingue la obligación principal, como tampoco la subsidiaria ó accesoria en la parte que á esos fiadores corresponde, pues según el art. 1.194, en las deudas mancomunadas, que lo mismo pueden ser las principales que las de fianza, solo surte efecto la confusión en cuanto á la parte correspondiente al acreedor ó deudor en quienes concurren los dos conceptos y, de consiguiente, la obligación del fiador subsiste, aún cuando por ese título se confundan la persona del deudor y la del fiador, pues al acreedor no se le puede restar su garantía.

Si este acepta voluntariamente un inmueble ú otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, como quiera que ésta IPSO FACTO se extingue, ante el axioma *JUDICO SUBLATA PRINCIPALI, TOLLITUR ACCESSORIUM*, aunque después lo pierda por evicción, queda libre el fiador, pues ésta constituye una obligación nueva, nunca sustitutiva á la extinguida. Pudo habersé enterado ese acreedor si el inmueble ó los efectos dados en pago, ya por el deudor, ya por el fiador, eran ó no suyos; pero si hubo engaño en esa entrega, creemos que quien lo hubiere verificado debe responder al acreedor de los daños y perjuicios, pues nadie debe aprovecharse de su dolo ó mala fe.

La liberación hecha por el acreedor á uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha á todos, no en totalidad, sino hasta á donde alcance la parte del fiador á quien se ha otorgado, porque á esto obliga la justa reciprocidad entre el derecho y la obli-

gación de los fiadores. En el art. 1.850 se ve la tendencia, de suyo justa, apoyada en buenos principios jurídicos, de equiparar á los cofiadores á los deudores mancomunados, precisamente porque no son deudores solidarios en el sentido riguroso; si lo fueran, dejarían de gozar de los beneficios de excusión y de división. El precepto que estudiamos tiende á evitar que por la mera voluntad del acreedor ó por confabulación de éste con uno de los cofiadores se perjudique á los demás, y, por esto, pueden aprovecharse de los efectos de esa liberación cuando se ha hecho sin consentimiento de ellos, no cuando lo han prestado, pues entonces estarán á las resultas de lo convenido.

Informado también en el principio de no gravar la condición del fiador, y para evitarle perjuicios, se ha escrito el art. 1.851, de que se extingue la fianza por la prórroga concedida al deudor por el fiador sin el consentimiento de aquél, pues con esa prórroga se alterarían las condiciones en que se constituyó la fianza, restándose garantías al fiador para cuando tuviese que repetir contra el deudor, aparte de que, en otro caso, el acreedor y el deudor, puestos en connivencia, podrían perjudicar al que salió garante; perjuicio que no cabría alegar á este último si hubiese prestado su consentimiento á la prórroga; ésta debe ser expresa, no la tácita, inducida por el hecho de que el acreedor, finido el plazo de la deuda, haya dejado de reclamarla, en contra esto último de lo dispuesto en la ley 7.^a DE LOCAT. (no incluido, por cierto, en el Código), de que se extingue la fianza por cumplimiento del plazo por el cual se hubiese constituido.

El Tribunal Supremo, en Sent. de 22 de Mayo de 1901, sienta la doctrina de que el hecho de no haber reclamado el acreedor, ni haber sido requerido el fiador para el pago de un pagaré, libra á éste de la reclamación, siendo aplicable el art. 1.851; y se comprende, porque, según el núm. 4.^o del art. 1.843, podía ese fiador repetir contra el deudor principal, ya que había vencido la deuda.

Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación, siempre que, por algún hecho del acreedor, no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo: artículo 1.852, fundado en el principio de que á cada cual daña su culpa respectiva, y no es cosa de que por hechos del acreedor se perjudique á los fiadores, quienes en tanto contraen su obligación, lo mismo solidaria que mancomunada entre ellos, en cuanto puedan subrogarse en esos derechos y garantías reales ó de privilegios que tenga el acreedor por su título para poder cobrar, pues, como hemos

dicho, la subrogación es de pleno derecho, toda vez que el Código no registra el beneficio de cesión de acciones.

Dada la razón jurídica de que la fianza tiene un carácter subsidiario, el fiador, puesto que viene obligado á pagar por el deudor si éste no lo hace, debe tener derecho á oponer las excepciones que á éste competan contra el acreedor y sean inherentes á la deuda, como las derivadas del dolo y de la violencia que anulan el consentimiento; la del pago ya realizado, que da lugar á la *SINE ACTIONE AGIS*; la de cosa juzgada; la de prescripción; la de nulidad del préstamo hecho á un hijo de familia, y, en suma, todos los medios defensivos que enerven la obligación garantizada, porque, invalidada ésta, desaparece la accesoria de fianza; lo que no puede oponer son las excepciones personales del deudor, porque éstas son inherentes al mismo y es muy libre de utilizarlas ó de no utilizarlas.

De la fianza legal y judicial

Estas, en algunos puntos, se desvían de las voluntarias; y por la naturaleza de los derechos que garantizan, el Código, (cuya aplicación en este punto es, en nuestro sentir, de carácter general) les dedica tres artículos: el 1.854, prescriptivo de que el fiador que haya de darse por disposición de la ley ó de providencia judicial debe tener las cualidades prescritas en el 1.828, disposición esta innecesaria, á no ser que su objeto sea apartar toda duda respecto á la capacidad de los fiadores, que deben ser idóneos y solventes; la del art. 1.855, de que si el obligado á dar fianza no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda ó hipoteca que se estime bastante á cubrir su obligación; de manera que así como en la fianza convencional es potestativo en el acreedor admitirla ó rechazarla, en la legal, y en la judicial, si el fiador presenta garantía real en cosa mueble ó inmueble, revistiendo, respectivamente, las formas de prenda ó de hipoteca, hay que admitirla si se estima bastante para cumplir su obligación, pues esta clase de garantía obedece á la necesidad en su prestación para que se cumplan la ley ó la providencia judicial.

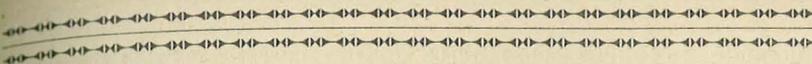
Y por último, prescribe el artículo 1.856 que el fiador judicial (no el legal) carece del derecho de excusión de bienes del deudor principal. Si esto se permitiese resultaría, á veces, demorada la efectividad de la obligación asegurada, y los Tribunales deben pro-

curar por el cumplimiento de las responsabilidades derivadas de sus resoluciones.

No porque el fiador judicial no pueda pedir la excusión de bienes del deudor principal se le ha de privar de los otros beneficios, tales como los de división entre los cofiadores, y de subrogación; los conserva como si fuera un fiador convencional.

El subfiador tampoco puede pedir la excusión de bienes, ni del deudor ni del fiador. De modo que tiene que pagar sin tal beneficio de orden. Es de carácter judicial la fianza que los herederos deben dar á los acreedores de la herencia para privarles de su derecho á intervenir en los juicios universales de liquidación y partición de la misma, siendo de aplicación al caso el art. 1.856.

Para terminar, réstanos decir, como especialidad en materia foral, que en Aragón, el fiador que obtiene prenda del deudor principal, no se exime de responsabilidad aunque la entregue al acreedor (Fuero 1.º DE PIGNORIBUS). Si el acreedor tomare la prenda, deberá indemnizar al fiador en el duplo del daño que se le cause (Observancia 5.ª DE LEGE AQUILIA.)



CAPÍTULO VII

De los contratos aleatorios ó de suerte

Una de las clasificaciones de los contratos es la de conmutativos y aleatorios; habiéndonos ocupado de los primeros, en los cuales el equivalente pecuniario queda determinado desde la celebración del contrato, cúmplenos tratar ahora de los segundos, cuyo resultado, como dice Manresa, depende del porvenir, y en los que un precio cierto compensa un riesgo ó una ventaja incierta. La palabra ALEA, significa riesgo, azar, suerte. Cuando se celebran esas convenciones jurídicas no está bien determinado ni es cuantitativamente apreciable el interés pecuniario de las prestaciones. El Código define el contrato aleatorio diciendo que, por él, una de las partes ó ambas, recíprocamente, se obligan á dar ó á hacer alguna cosa, en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar ó hacer para el caso de un acontecimiento incierto ó que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.

Haciendo la exégesis del art. 1.790, cuyo es lo antes escrito, resulta: que el contrato aleatorio es de dos clases, unilateral ó sencillo y bilateral ó doble, según que se obligue una parte ó las dos; que tiene por objeto dar ó hacer alguna cosa, esto es, prestaciones, pero no abstenciones; con la nota común de equivalencia de lo que otra ha de dar ó ha de hacer, no en tiempo determinado ó al realizarse un acontecimiento cierto, porque entonces faltaría el factor de la aleatoriedad que le imprime carácter, sino para el caso de que ocurra un acontecimiento incierto, por ejemplo, un siniestro, ó que,

debiendo de ocurrir —la muerte de una persona— será en tiempo indeterminado.

No puede confundirse el contrato aleatorio con el condicional; en éste, la obligación misma se subordina al acaecimiento de la condición, mientras que en aquél, desde el momento de celebrarse queda definitivamente perfecto, produce derechos y obligaciones, reduciéndose todo á que las partes tengan pérdida ó ganancia, según que el acontecimiento incierto se realice ó que ocurra pronto ó tarde si es de los que han de sobrevenir en tiempo indeterminado. Así, por ejemplo, se contrata el seguro y, firmada la póliza, se contraen derechos y obligaciones; el asegurado debe satisfacer la prima, se ignora si el siniestro ocurrirá ni cuando ocurrirá, pero bajo cuya posibilidad de que ocurra se contrata; si sobreviene, el asegurador está obligado á indemnizar el daño, y no porque deje de sobrevenir el siniestro, perderá ese contrato su peculiar carácter, antes surtirá efecto, pues el asegurado debe seguir satisfaciendo la prima. Una parte y otra contratan á base de una esperanza, y las ganancias son en estos contratos, como dice Pothier, el precio del riesgo que se aventura. Tan cierto es esto que, en el seguro, si no ocurre el siniestro, el asegurador sigue ganando todas las primas que se le han satisfecho, en tanto que si sobreviene, resulta, generalmente, beneficiado el asegurado, porque con el desembolso de las primas consigue que se le repare un daño, á veces cuantioso, que en otro caso tendría que cargar con él.

El Código ha estado acertado no incluyendo entre los contratos aleatorios, ni el préstamo á la gruesa, porque su regulación es propia del Derecho mercantil, ni la decisión por suerte, por constituir un accidente resolutorio de una cuestión, lo mismo cuando por sorteo se designan peritos, que cuando se hacen lotes de bienes entre los herederos para sortearlos, ni la venta de herencia, porque realmente constituye un contrato conmutativo, á base de que haya ocurrido la muerte del causante, del cual nos hemos ocupado en el cap. IV de este tomo. Quedan reducidos los contratos aleatorios á los de seguro, juego y apuesta y renta vitalicia.

Del contrato de seguro

Es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles ó inmuebles asegurados, ora

mediante precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes, ora indemnizándose entre sí los contratantes, que á la vez son aseguradores y asegurados, recibiendo en este último caso el nombre de mútuo, lo cual no excluye que, á falta de pacto en contrario, aquellos indemnicen el daño en proporción al valor de los bienes que cada uno tiene asegurados.

Si el asegurado paga una cantidad determinada al asegurador y éste contrae la obligación de responder del daño fortuito, tenemos el seguro llamado á prima fija, de naturaleza mercantil si el asegurador es comerciante individual, ó social; si, por el contrario, los contratantes son aseguradores y asegurados á la vez, tenemos el seguro mútuo, debiendo cada uno de ellos contribuir á remediar el daño que les sobrevenga en la forma y medida que hubiesen estipulado; á falta de estipulación, cada uno debe contribuir á indemnizar el siniestro en proporción al valor de los bienes que tenga asegurados dentro de esa mutualidad, pues las ganancias deben ser proporcionales á los sacrificios. Este seguro es de naturaleza civil, de cuyo carácter participa el de prima fija cuando el asegurador no es comerciante; pero si éste hace operaciones de comercio habitualmente, si se dedica á celebrar contratos de seguro, entonces, puesto que tiene la cualidad de comerciante, tal contrato es mercantil, aún cuando no figure inscrito en el Registro, puesto que la inscripción en éste es voluntaria.

El seguro mútuo fué conocido en la antigüedad. Los juriscultos romanos sentaron los principios sobre los cuales debía soportarse la pérdida de la cosa debida; en cambio, el seguro á prima fija, que constituye propiamente una especulación, apareció á fines de la Edad Media y existía en el tráfico marítimo, bien que apenas sin importancia, porque entonces gozaba de gran auge el préstamo á la gruesa; pero, aumentando los usos y las leyes mercantiles en la Edad Moderna, reguladores de ese contrato, no solo se aplica en el comercio terrestre, sino que en el marítimo ha desmontado á dicho préstamo, y lo vemos tan generalizado en toda clase de propiedad, que constituye una institución importantísima, en sus distintas aplicaciones, entre éstas, el de la vida, de accidentes, de enfermedades, de paros, con una gama de combinaciones y de cálculos, reflejados por tablas, que es verdaderamente admirable.

El contrato de seguro, que es consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento, debe consignarse en documento público ó privado, suscrito por los contratantes. Este requisito no dice á la

validez, porque habiendo consentimiento, objeto y causa, tiene fuerza la convención, sino á la eficacia de ésta. En el documento deberá expresarse: 1.º La designación y situación de los objetos asegurados y su valor; de manera que deben estar identificados para que no se tomen unos por otros y, á su vez, valuados por las partes, porque el valor es supuesto para tenerlo en cuenta en la indemnización. 2.º La clase de riesgos cuya indemnización se estipula, por constituir esto el supuesto en que descansa la aleatoriedad del contrato. 3.º El día y hora en que comienzan y terminan los efectos del contrato, porque éste es nulo si al celebrarlo tenía conocimiento el asegurador de haber ocurrido ya el daño objeto del mismo y, sobre todo, para saber si el siniestro es ó no indemnizable, debe expresarse la vida de ese contrato, comprendida en estos dos momentos: día y hora en que comienzan sus efectos, y día y hora en que terminan, y 4.º Las demás condiciones en que hubieran convenido los contratantes. En el seguro á prima fija, ese documento se llama *póliza*. En la forma mútua, se constituye la sociedad como asociación civil, con arreglo á la ley de 30 de Junio de 1887. Pero el Código no distingue entre unos seguros y otros; todos deben consignarse en documento público ó privado.

Como quiera que el seguro es un acto de reparación y el asegurado no debe especular con su desgracia, es ineficaz el contrato en la parte que la cantidad del seguro exceda del valor de la cosa asegurada, y tampoco podrá cobrarse más de un seguro por todo el valor de la misma. En el caso de existir dos ó más contratos de seguro para el mismo objeto, cada asegurador responderá del daño en proporción al capital que haya asegurado, hasta completar entre todos el valor total del objeto del seguro; otra cosa sería inmoral. Por esto el art. 1.795 establece esa proporcionalidad, contra la cual no puede pactarse, porque quedaría desnaturalizada la verdadera economía del seguro, medio reparador y no de explotación por parte del asegurado.

Cuando sobreviniere el daño, debe el asegurado ponerlo en conocimiento del asegurador y de los demás interesados en el plazo que se hubiese estipulado, y en su defecto, en el de veinticuatro horas, contadas desde que tuvo conocimiento del siniestro; si no lo hiciere, no tendrá acción contra ellos (art. 1.796). Este, al prescribir que ese conocimiento debe darse en el plazo estipulado, consagra, en primer término, la voluntad de las partes contratantes, y solo cuando no lo hayan establecido, debe darse ese aviso de palabra ó por escrito

(pues el Código no determina la forma), no dentro de tres días, como prescribe el Código de comercio, tratándose del seguro mercantil, sino dentro de las veinticuatro horas desde que el asegurado tuvo conocimiento del siniestro, plazo brevísimo, aconsejado por la perentoriedad demandada para depurar, sobre las huellas del siniestro, sus causas, esto es, si fué fortuito, culpable ó intencionado, á fin de exigir, en su caso, responsabilidades y poder apreciar la magnitud ó cuantía del daño, sometiéndolo á la peritación.

Si el asegurado tenía conocimiento del daño objeto del seguro, este es nulo porque ha obrado de mala fe y porque no corre ya ningún riesgo, (supuesto del contrato), lo mismo que si el asegurador se hubiese ya preservado de ese daño en los bienes asegurados, ya que entonces obra á ganancia hecha, lo cual es inmoral. Para evitar tales fraudes y, puesto que la incertidumbre caracteriza el seguro, como contrato aleatorio, se ha escrito el art. 1.797, declaratorio de la nulidad cuando el asegurado y el asegurador proceden de esa manera.

Del juego y de la apuesta

Según el positivismo al uso, el vicio—que presenta varias formas y, entre éstas, está el juego—es el gran nivelador social. El juego es tan antiguo como el hombre. En todos los tiempos, por los usos, costumbres y leyes ha sufrido cierto condicionamiento, más social que jurídico. Por él se arriesga un valor económico á los favores del éxito, medie destreza, habilidad ó suerte de los que á él se entregan por recreo ó por profesión.

La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite ó azar, precisamenté porque lo prohíbe y castiga; de modo que solo constituye una obligación natural, y tan es así que el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, ó no ser que hubiese mediado dolo, pues el engaño jamás merece amparo, ó que fuera menor ó estuviera inhabilitado para administrar sus bienes, pues si el juego constituye un riesgo de un valor económico, mal pueden correrlo los menores, por lo mismo que carecen de experiencia, ni los que tengan esa inhabilitación, toda vez que no les es dado disponer del dinero que aventuran.

La apuesta es también un contrato aleatorio, por el cual se arriesga un valor económico á un acontecimiento independiente de la acción de las partes ó que depende de una ó más, pero no de

todas. Lo que hemos dicho respecto del juego es aplicable á las apuestas; se consideran prohibidas las análogas á los juegos prohibidos.

En la antigua Roma parece que estaban prohibidos todos los juegos, salvo los de combate, porque, con ellos, los jugadores adiestraban sus fuerzas y habilidades que tantos triunfos dieron á los pueblos guerreros, como también se permitían los que se celebraban en casa, porque el vicio no salía á la calle con su mal ejemplo; pero el que ganaba no podía reclamar contra el perdedor, y éste podía repetir para que se le devolviese lo perdido, acción transmisibile á sus herederos, á todos los ciudadanos del lugar y al Fisco, y que duraba cincuenta años, plazo largo, introducido con el fin de que, quien ganara, estuviese siempre expuesto á reclamaciones, para así extirpar, indirectamente, esa úlcera social; y como no fuera bastante esto, recayó la nota de infamia sobre los jugadores y cierto senado-consulta, no solo prohibió los juegos de azar, sino que negó toda acción derivada de los mismos, medidas éstas encaminadas á contener la relajación moral en la época de las *saturnales*. En tiempos de Justiniano solo se permitieron el disco, la justa, el salto, la lucha y las carreras de caballos, sin que el valor que se atravesaba pudiera exceder de un escudo de oro. La Iglesia no solo prohibió á los clérigos el juego, sino también á los laicos en el sexto Concilio general, cuyo cánón fué repitiéndose hasta el de Trento, velando de este modo por la pureza de las costumbres.

Las Partidas negaban, al que explotaba casa de juego, acción para reclamar lo que le hurtaran los tahures y truhanes, por ser ladrones de mala vida; el Ordenamiento de las Tafurerías reglamentó las casas públicas de juego, constituyendo todo esto un régimen de tolerancia, tras el cual vino el de prohibición, que encarnó en la Pragmática de Carlos III de 1771, que castigaba con multas á los jugadores y hasta con prisión á los insolventes, y, por último, el juego de envite y azar figura castigado en el Código penal.

Al presente, el positivismo, que llega hasta el colmo de decir que el vago es útil á la sociedad porque vigila al trabajador y critica su obra—y esto lo explica magistralmente el sabio Unamuno—ha desbancado á la Etica social y, por esto, se está tratando en los actuales momentos de reglamentar el juego para que constituya una fuente de ingresos de los municipios, con destino á las necesidades del turismo y de la beneficencia local y provincial, con arreglo á las bases de un proyecto de ley de D. Fernando Merino, en el que se

tiene en cuenta la legislación de varios países, donde se practica la máxima de que el vicio, ya que no puede exterminarse, lejos de alimentar á la hampa social y concusionarios, viviendo en la clandestinidad donde el fraude desarrolla sus artes, debe contribuir al levantamiento de las necesidades benéficas, rindiéndose ante las demandas la virtud.

En estos momentos se presenta en las Cortes un proyecto de ley que faculta al Ministro de la Gobernación para autorizar el juego en las sociedades de recreo, balnearios y casinos constituídos legalmente, que lleven por lo menos dos años de existencia, que pagarán un 25 por 100 de lo que recauden, destinado el 15 para el Tesoro y lo restante para los establecimientos de Beneficencia.

Volviendo al exámen del Código, diremos que éste no considera prohibidos los juegos que contribuyan al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras á pié y á caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza; en todos éstos interviene el ejercicio corporal para dar mayor desarrollo y salud al organismo: *MENS SANA IN CORPORE SANO*.

El que pierde en un juego ó apuesta de los no prohibidos, queda obligado civilmente, pudiendo la autoridad judicial no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego ó en la apuesta sea excesiva, ó reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia: art. 1.811, que, al establecer esa facultad discrecional, lo hace porque puede ocurrir que lo que fué mera distracción se haya convertido en medio de especulación y de lucro favorecido por el fraude, ó que quede empobrecido el jugador y no pueda cumplir con sus deberes de padre de familia, y también, para que no se fomenten juegos y apuestas en perjuicio de la tranquilidad pública; por todo lo cual los Tribunales pueden emplear indistintamente esos medios de contención y de moderación á que el precepto citado se refiere.

De la renta vitalicia

Es el llamado en las antiguas leyes «censo de por vida», por el que una persona se obliga á pagar á otra determinada pensión durante la vida de otra ó de varias personas, á cambio de un capital

que se recibe, bien en metálico, bien en inmuebles, cuyo dominio se le transmite.

Dada la definición del mismo, según el art. 1.802 del Código, es de naturaleza unilateral, y así también lo califica el Sr. Sánchez Román, en contra del sentir de Planas y Casals que lo considera bilateral, porque ambas partes se obligan desde el primer momento: una, transmitiendo su capital, y la otra, comprometiéndose á satisfacer la renta.

Este contrato aleatorio que, á diferencia del seguro, del juego y de la apuesta, es de carácter real, pues en tanto se obliga el adquirente del capital á satisfacer la pensión, en cuanto aquél le sea entregado en muebles ó inmuebles, ha sido objeto de discusión acerca de si conviene que subsista, pues mientras unos ven en él un acto de liberalidad y de beneficencia, otros sostienen que es inmoral, porque el pagador de la pensión desea la muerte del pensionista para así librarse del pago de aquélla. No ha prevalecido este último sentir, pues en la flora de la contratación figura, desde antiguo, este acto jurídico que, para algunos escritores, participa de donación mortis causa, cuando, precisamente, no tiene nada de esto; es verdaderamente un contrato aleatorio que gira alrededor del polo de la esperanza; la ganancia ó la pérdida que sufran los contratantes se subordina á la duración de la vida del pensionista. El Derecho antiguo solo lo permitía sobre un capital en dinero; el título 2.º, lib. 7.º, vol. 1.º de las Const. de Cat., regula el *vitalicio*, considerándolo como un censo temporal, cuya duración se halla limitada á la vida de las personas á favor de quienes se constituye, pudiendo las partes establecerlo por dos vidas. Según el Fuero DE USURIS (Aragón), el vitalicio toma el nombre de *censo violario*, cuyo precio de la pensión es el uno por diez, y el Código, separándose de la legislación tradicional, y, especialmente, de la Novísima Recopilación, ordena que el capital se constituya en bienes muebles ó inmuebles, no poniendo límite al máximo de la pensión, en respeto á la voluntad de las partes, que es uno de los cánones de la contratación.

La renta vitalicia no se constituye exclusivamente en favor del que la paga, ni del pensionista, sino en beneficio de ambos, quienes tienen derechos y obligaciones recíprocos y de aquí su naturaleza bilateral, y aún cuando el pagador quiera librarse devolviendo el capital, no puede hacerlo; se halla ligado por el contrato, como tampoco el pensionista puede desligarse, y tan cierto es esto último que, según Res. de 31 de Mayo de 1892, no autorizando el art. 1.805

del Código al pensionista para exigir la devolución del capital, caso de no pagarse las pensiones vencidas, la hipoteca constituida en garantía de aquél solo puede asegurar el pago de la renta.

Esta puede constituirse sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero y sobre la de varias personas; también puede constituirse á favor de aquella ó aquellas personas sobre cuya vida se otorga, ó á favor de otra ú otras distintas. De manera que el Código concede en este punto entera libertad, presentando estos seis casos de constitución de renta: sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero, sobre la del pensionista y otras personas distintas, simultánea ó sucesivamente, y sobre la vida de ese rentista y de otras personas distintas, también con esa simultaneidad ó sucesivamente. En ningún caso puede establecerse sobre la vida del que da la pensión, como tampoco con carácter perpetuo, y caso de constituirse en favor de personas que no vivan al tiempo de su constitución, no puede hacerse extensiva á más vidas que á la de las personas colocadas en la segunda generación de quien entrega el capital, esto es, á los nietos del mismo, para evitar, de este modo, vinculaciones y que la duración de la carga sea indefinida.

Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta á la hora del otorgamiento (porque le falta el supuesto de la misma) ó que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue á causar su muerte dentro de los veinte días siguientes á aquella fecha (art. 1.804). Este es de carácter prohibitivo, con fundamento moral, y no es válida la estipulación en contrario. El parto seguido de muerte en los veinte días siguientes al de constituirse la renta vitalicia no anula ésta, porque aquél no es una enfermedad, sino un fenómeno fisiológico propio del sexo, y del mismo modo, la avanzada edad del rentista tampoco produce esa nulidad si fallece dentro de los veinte días.

La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al percceptor de la renta vitalicia á exigir el reembolso del capital, ni á volver á entrar en la posesión del predio enajenado; solo tendrá derecho á reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras (art. 1.805 con precedentes en las leyes 11, tít. 2.º lib. 12 del Digesto y 57 DE REGULIS JURIS: BONA FIDES NON PATITURUT BIS IDEM EXIGATUR).

Constituida la renta vitalicia, su pagador adquiere el dominio del capital que se le transmite, sin condición resolutoria tácita ó legal que pueda decapitar su derecho, pero sí con obligación perso-

nal de satisfacer la pensión; de aquí que el rentista tenga solo facultad para exigirle el pago de las rentas atrasadas, según se haya estipulado que deban satisfacerse por unidades de tiempo, de anticipado ó de vencido; pero como el incumplimiento de esta obligación no solo lleva consigo la mora con sus efectos, según las reglas generales establecidas por el Código, sino que constituye un anuncio tácito de que el deudor no cumplirá satisfaciendo las rentas futuras y hasta la amenaza de que caerá en insolvencia, defraudando con esto al rentista, éste puede pedir ese aseguramiento en la forma de fianza, prenda, hipoteca, y anticresis, en el caso de que tales garantías no se hayan dado al celebrarse el contrato.

¿Puede estipularse que por el no pago de la pensión quede rescindido el contrato, debiendo volver el capital al rentista? La ley 1.^a tít. 11, lib. 12 del Digesto y la ley 31, tít. 11, de la Partida V, consideran nulo el pacto en el que el acreedor se enriquece á expensas del deudor, lo cual ocurriría en ese caso, puesto que el pagador se quedaría sin la cosa y sin las rentas satisfechas, por cuyo motivo, en el proyecto de Código de 1851 fué prohibido aquél por opuesto á la naturaleza de la renta vitalicia; pero teniendo en cuenta que los contratantes pueden hoy establecer los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios á la Moral, ni al Derecho, cabe concluir que puede establecerse ese caso de rescisión.

La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción á los días que hubiese vivido (esto significa que tiene el carácter de los frutos civiles, prorrateables por días); si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que hubiese empezado á correr: art. 1.806, que no distingue en si la renta se constituyó sobre la vida del rentista ó sobre la de otra ú otras personas distintas, pues con las palabras «el que la disfruta» se comprende todo el que tenga la cualidad de beneficiario.

Y, relacionada con esto último, surge la duda de si será nulo el contrato cuando ya hubiese fallecido al constituirlo una de las varias personas por cuya vida se estableció ó si, viviendo todas entonces, hubiese fallecido una de ellas por enfermedad existente al contratarse y dentro de los veinte días á que se refiere el art. 1.804. En nuestro sentir, tratándose de rentistas conjuntos, ni en uno ni en otro caso cabe semejante nulidad, porque unos beneficiarios no tienen culpa de que otros de su misma condición hayan fallecido ó

fallezcan, toda vez que han adquirido un derecho; el art. 1.804 no pluraliza y á sus términos literales debe atenerse todo buen juicio, en evitación de injusto agravio.

El que constituye á título gratuito una renta sobre sus bienes puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta á embargo por obligaciones del pensionista (art. 1.807); y se explica, porque este contrato guarda semejanza con la donación ó el legado; pero el artículo citado solo se refiere al caso en que la renta se constituya en favor de persona distinta de la del dueño de los bienes sobre los cuales recae la carga; de modo que si reúne el doble carácter de dueño y de pensionista á la vez, no puede añadir esa cláusula, porque con ella defraudaría á sus acreedores, y sabido es que éstos pueden repetir contra el patrimonio de su deudor, con excepción de las cosas taxativamente determinadas en el art. 1.449 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La existencia de la persona sobre cuya vida se haya constituido la renta, es la base de este contrato; por esto prescribe el art. 1.808 que no puede reclamarse la pensión sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida. Al pensionista corresponde acreditar su fe de existencia, por lo mismo que exige el pago de la pensión: *ACTORI INCUMBIT PROBATIO*.

Jurisprudencia reciente

Difícilmente se celebran contratos de seguro de naturaleza civil, y en nuestro propósito de citar la jurisprudencia relativa á esta clase de contratos aleatorios, aunque referida á las de carácter mercantil, que son los generales en el día, consignaremos la doctrina de las siguientes sentencias:

—La compañía aseguradora debe indemnizar el siniestro, porque las condiciones particulares de la póliza debe entenderse que son derogatorias de las generales, en cuanto se hallen en oposición con éstas (Sent. de 18 de Enero de 1909).

—La cláusula que exceptúa al asegurador de la obligación de indemnizar los daños producidos con ocasión de movimiento popular, debe ser interpretada en el sentido de referirse solamente á los actos del levantamiento del pueblo en son de asonada, motín ó sedición, no á las violencias ejecutadas con motivo de un desorden pasa-

jero, independiente del respeto debido al principio de autoridad (sentencia de 27 de Enero de 1909).

—Es improcedente la demanda contra la compañía aseguradora, exigiéndole el pago de la cantidad total por que se concertó el seguro, cuando el asegurado no acredita, pudiendo hacerlo, á juicio del Tribunal Á QUO, por los medios estipulados en la póliza, la preexistencia de los objetos destruidos, ni se hizo la valoración de los mismos cuando ocurrió el incendio (Sent. de 27 de Junio de 1910).
